This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

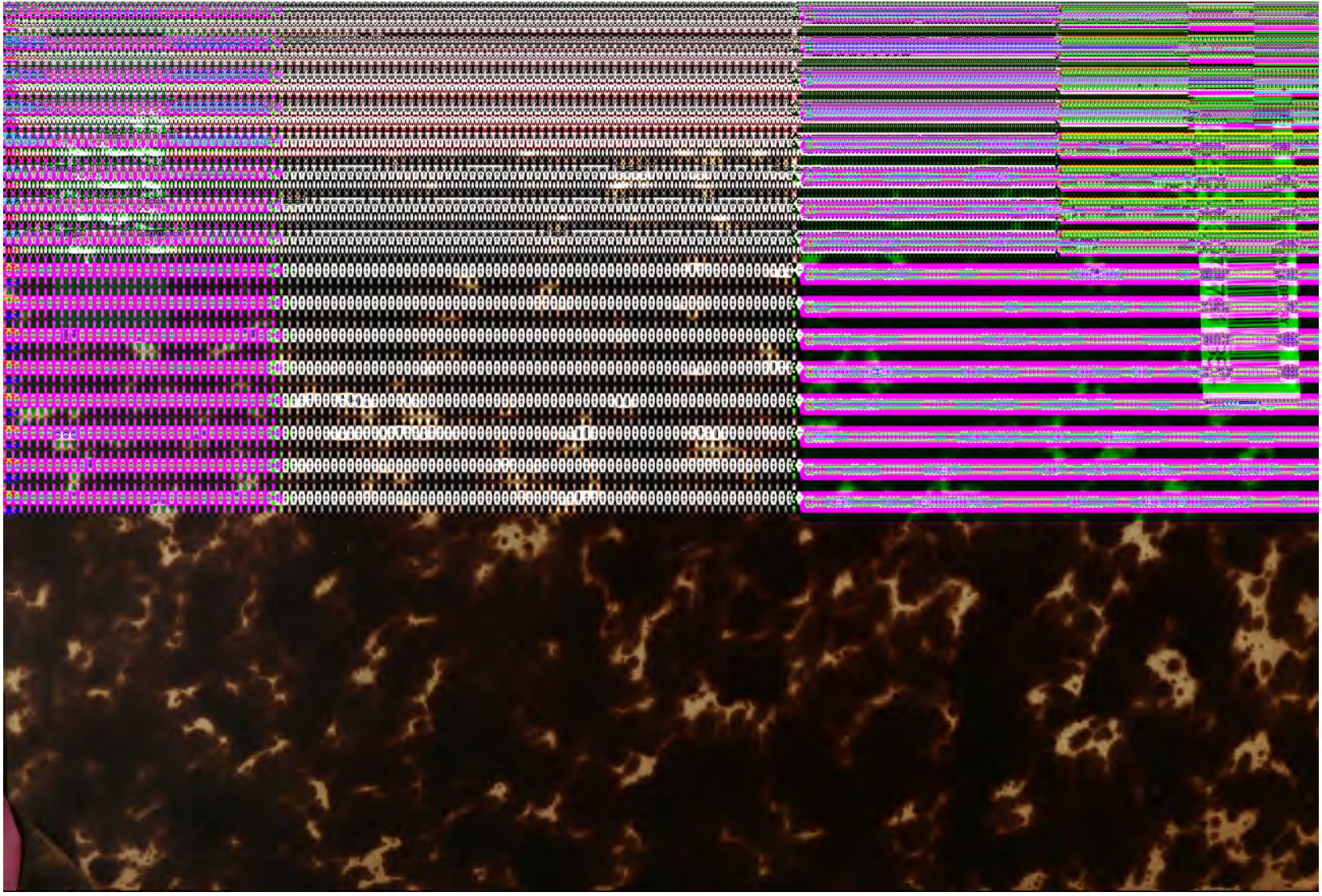
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

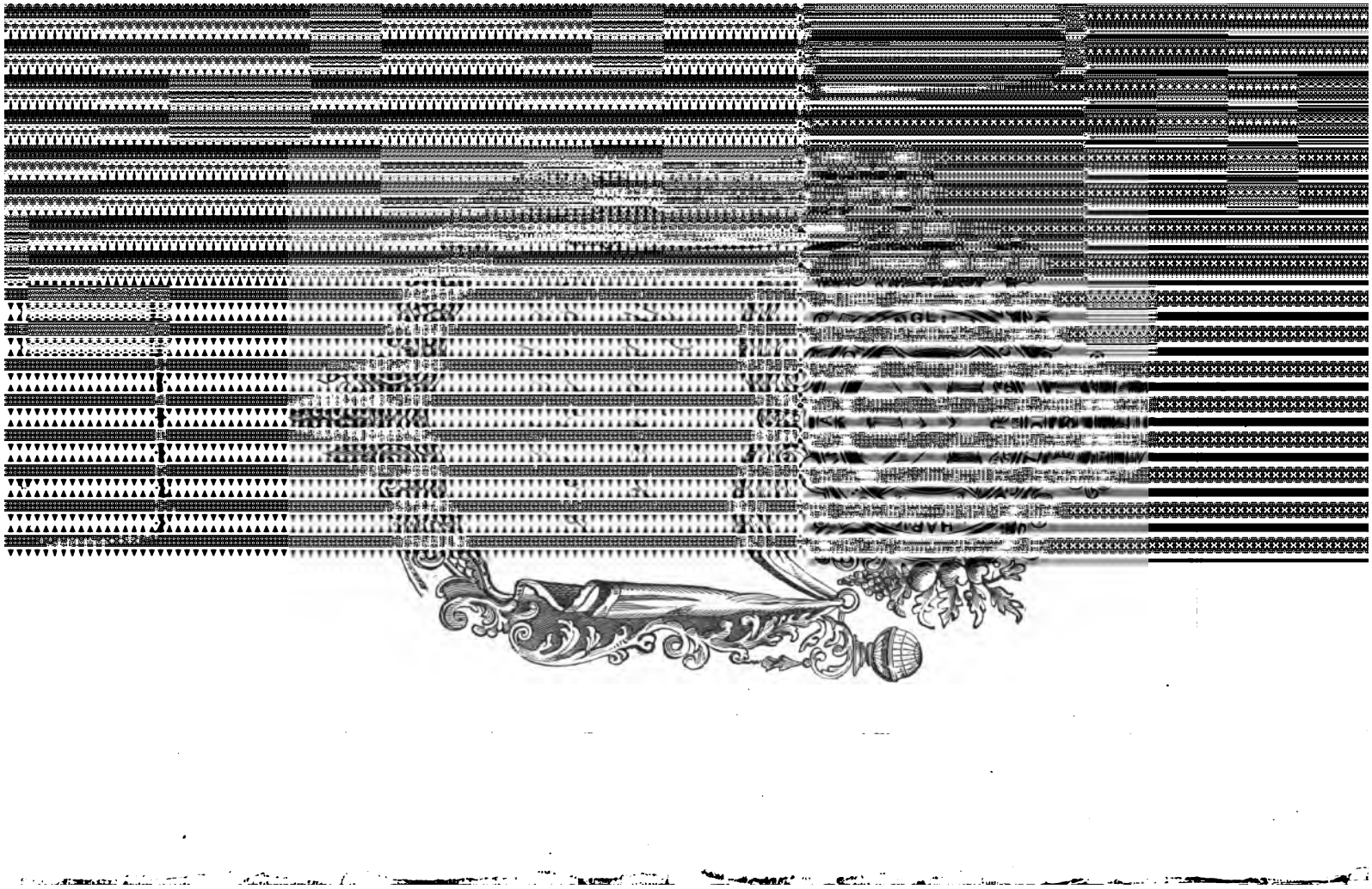
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.





Justice

Ueber das

Periculum beim Kaufe.

Von

Dr. Franz Hofmann,

Privatdocenten an der Wiener Hochschule.

8.

Wien.

Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung.

1870.

Rec. Dec. 12, 1888.
12/12/1888

Meinem verehrten Lehrer

Dr. Joſef Unger

in dankbarer Anhänglichkeit.

Dr. Robert Stumpf

in Bamberg: Anstaltsarzt

Vorwort.

Die Lehre vom Periculum beim Kaufe ist bisher noch nie Gegenstand einer monographischen Darstellung gewesen,[1]) und die umfangreiche Literatur über einzelne Punkte läßt eine solche nicht entbehrlich erscheinen. Durch eine Anhäufung von Meinungen, von denen viele ohne Kenntniß der fremden Ansichten vorgetragen werden, kann man Streitfragen nie beilegen. Vielmehr „ist es höchst nötig, vorher die Geschichte der streitigen Lehre in ihrem ganzen Umfange zu studiren.“ [Lessing,[2])] Auf einem solchen Studium, verbunden mit rechtsgeschichtlichen und gesetzvergleichenden Untersuchungen, beruht die vorliegende Arbeit. Wenn der Umfang derselben etwa größer ausfiel, als der Gegenstand erwarten ließ, so erklärt sich dies teils aus der Unbehilflichkeit des Anfängers, teils aus des Verfassers Ueberzeugung, daß die Theorie nicht da aufzuhalten habe, wo der Praktiker erst recht ihren Rat braucht.

Es sei gestattet, der Erstlingsarbeit ein kurzes wissenschaftliches Glaubensbekenntniß beizufügen.

Welcher Richtung ich als österreichischer Jurist mich angeschlossen habe, sagt am besten der gefeierte Namen, mit

---

[1]) Die irreführenden Titel einiger kleiner, meist völlig wertloser Schriften aus dem vorigen Jahrhundert dürfen nicht irreführen.

[2]) IX. B., S. 151 der Ausg. v. Göschen.

dem diese Schrift zu schmücken mein Lehrer mir freundlich vergönnt hat. Glücklicherweise ist nun die Zeit vorüber, wo man sich in Oesterreich entschuldigen mußte, daß man „sehr viele Verordnungen aus den Pandekten und sogar manche aus dem Codex in der Ursprache angeführet". [3]) — Als deutscher Jurist glaube ich, daß keine Schule je hätte zur Partei werden sollen. Teilung der Arbeit ist notwendig (freilich ein notwendiges Uebel!); aber die feindlichen Gegensätze einer romanistischen und germanistischen, einer historischen, philosophischen und positiven Rechtswissenschaft haben keine Berechtigung. Vielmehr dürfen wir kein Mittel unversucht lassen, das geeignet scheint, uns in der Aufdeckung der Wahrheit und Klarstellung des Rechtes zu fördern.

Wenn ich im folgenden manchmal der herrschenden Meinung, den Ansichten großer Rechtslehrer widerspreche, so hat mir den Mut hiezu das Bewußtsein gegeben, daß es mir überall nur um die Sache zu tun ist. —

Die Schrift, auf welche S. 23 Bezug genommen wird und von der ein Teil hier als Beilage II. abgedruckt ist, wird demnächst erscheinen. —

Möchte wenigstens Einiges in diesen Blättern als brauchbares Material für den Riesenbau deutscher Wissenschaft befunden werden!

---

[3]) Scheidlein, im „Vorbericht" zu seiner „Abhandlung über den Kaufvertrag nach dem österr. bürgl. Gesetzbuch" (Wien, 1818).

Wien, 2. Oktober 1869.

Der Verfasser.

Inhalt.

Seite

Vorwort V

§. 1. Begriff von periculum 1

§. 2. Sprachgebrauch 4

§. 3 — §. 8. Die gemeinrechtliche Theorie 5

§. 9. Versuch einer historischen Erklärung 21

§. 10. Die singuläre Natur des fraglichen römischen Satzes . . . 24

§. 11. Das germanische Prinzip 28

§. 12, §. 13. Kritik des römischen Satzes 32

§. 14. Legislative Erwägungen 38

I. Spezieskauf 41

a) Gemeines Recht (§. 15) . . . . . —

Aversionalkauf (§. 16) 45

b) Preußisches Recht (§. 17, §. 18) 46

c) Französisches Recht (§. 19) 49

d) Oesterreichisches Recht (§. 20—§. 24) 52

Sog. Transportgefahren (§. 25) 70

e) Anhang (§. 26) 72

f) Handelsrecht (§. 27 — §. 29) 77

II. Bedingter Spezieskauf 83

a) Gemeines Recht (§. 30) . . . . . —

In diem addictio und lex commissoria (§. 31) . . . 85

b) c) d) Preußisches, französisches, österreichisches Recht (§. 32) . 87

Besondere Verabredungen. Verschulden der Parteien (§. 33) . 88

III. Kauf auf Probe (§. 34, §. 35) 92

IV. Kauf nach Probe (§. 36) 102

Seite

V. Kauf künftiger Sachen (§. 37, §. 38) 104
VI. Alternativer Kauf (§. 39, §. 40) 111
VII. Genuskauf (§. 41 — §. 48) 118
VIII. Emtio ad mensuram (§. 49, §. 50) 133
IX. Mehrfacher Verkauf derselben Sache durch denselben Verkäufer (§. 51 — §. 53) 137
X. Assecurirte Waaren (§. 54) 161 153

Beilage I. 161
Ueber die ll. 12—14. D. de peric. et comm. (XVIII, 6) und die l. 33. D. loc. cond. (XIX, 2) . . . . . —
Beilage II. 169
Ueber den griechischen Ursprung zweier römischer den Kauf betreffender Rechtssätze . . . . . —

Ergänzung.

Auf S. 16 ist zu §. 6, Note 8 zu ergänzen:

„Dagegen heißt es in l. 18. pr. D. de damno inf., XXXIX, 2 (Paulus): non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est."

§. 1.

Begriff von periculum.

Die natürliche Tatsache, daß Güter der Verschlechterung und dem Untergange ausgesetzt sind, hat zunächst nur eine wirtschaftliche Bedeutung. Wenn ein Gut nur zu einer Person in rechtlicher Beziehung steht, so kann der Schaden nur diese treffen. Soweit ist der Satz: „casum sentit dominus“ zwar richtig, aber unnütz. Erst wenn mehrere Personen gleichzeitig zu einem Gute in rechtlichen Beziehungen stehen, gewinnt die wirtschaftliche Gefahr ein juristisches Interesse durch die Frage: wer trägt die Gefahr? wen trifft der wirtschaftliche Unfall? —

Periculum im juristischen Sinne ist die wirtschaftliche Gefahr in ihrer rechtlichen Beziehung auf das Vermögen einer bestimmten Person.[1])

Die Gefahr in diesem Sinne trägt derjenige, dessen Vermögen durch den die Sache betreffenden Unfall zunächst eine Verringerung erleidet.[2]) Bei der Ausmittelung des Vermögensstandes zur Zeit des

---

[1]) Vgl. H. Hofens „Wer trägt bei Obligationen die Gefahr?“ (Inaug.-Diss. 1865) S. 3, 4. Die meisten Definitionen sprechen nur von Schaden, nicht von Gefahr (s. §. 2.), z. B. bei Haimberger, Röm. Priv. R. §. 462. Verschiedene willkührliche Einteilungen von periculum bei älteren Schriftstellern, s. Glück, B. 17, S. 127, Wening-Ingenheim, Schadenersatz, S. 210; anders Thibaut, Syst. d. Pand. R. (8. Aufl.) II., §. 476.

[2]) Vgl. überhaupt: v. Wächter (im Arch. f. civ. Pr. XV., S. 99—115), v. Bangerow, III., §. 591. Daß der Unfall nebenher auch einem Anderen schädlich sein mag, ist dabei nicht ausgeschlossen.

schädigenden Ereignisses kommen die Forderungen und Verbindlichkeiten als schon gegenwärtige (positive und negative) Bestandteile in Betracht. Demnach erscheint bei Obligationen [3] — und nur diese beschäftigen uns hier — das periculum in folgenden Formen:

I. Bei einer einseitigen Obligation sagt man: 1) der Gläubiger trägt das periculum, wenn durch den Untergang der Sache der Schuldner befreit wird; [4] denn des Ersteren Forderungsrecht wird zerstört. Mag auch die Sache dem Schuldner gehört haben, sein Vermögen leidet durch ihren Verlust nicht, da er sie ja ohnedies hätte hergeben müssen. [5] 2) Wird der Schuldner nicht befreit, so trägt er die Gefahr; sein ist der Schaden; nicht aber, weil er seine [6] Sache verlor, sondern weil er jetzt noch eine zweite verlieren muß, um seiner Verbindlichkeit ledig zu werden. [7]

II. Bei zweiseitigen Obligationen trägt 1) der Promittent der Sache das periculum: a) wenn er zwar seinerseits befreit wird, aber auch keine Gegenleistung fordern kann: [8] im Verluste dieser Forderung, nicht jener Sache, besteht sein Schaden; — b) wenn er statt der untergegangenen Sache etwas anderes geben muß; [9] die Vermögensminderung besteht hier nicht im Verluste der ersten, sondern in der notwendig gewordenen Hingabe der zweiten Sache. — 2) Der Promissar trägt das periculum, wenn er die verschlechterte Sache

---

[3] Die Frage nach dem periculum ist nur im Oblig. R. von Bedeutung; keineswegs darf man aber das periculum „ein obligatorisches Verhältniß" nennen, da es nur ein Moment in obligatorischen Verhältnissen ist; denn der Nachteil stellt sich nicht immer als Pflicht, dies oder jenes zu leisten, dar: s. Text II. 1) a).

[4] l. 3. D. de naut. foen. 22, 2, l. 39. D. de solut. et liber. 46, 3; cf. l. 1, l. 4. C. de naut. foen. 4, 33.

[5] Hieraus erhellt schon, daß bei Obligationen periculum nicht die Gefahr, sein Eigentum zu verliereu, bedeutet. Was hier begrifflich abgeleitet wird, hat Wächter aus dem Sprachgebrauche der Quellen nachgewiesen (a. a. O., S. 102—104).

[6] Die Sache braucht ja gar nicht notwendig ihm zu gehören.

[7] §. 2. J. III, 14; l. 1. §. 4. D. 44, 7; l. 8. pr. D. 46, 2; l. 4. pr., l. 9. §. 9, l. 11. pr. D. 12, 1; l. 12. §. 3. D. 16, 3; l. 108. §. 11. de legat. (l.)

[8] l. 1. §. 1, l. 4. pr., §. 1. D. h. t. (18, 6).

[9] l. 34. §. 6. D. 18, 1.

(beziehungsweise nichts) bekommt, gleichwol aber seinerseits leisten muß. [10])

Es wurden hiebei Obligationen auf dare unterlegt, um schon hier die Haltlosigkeit des Satzes: „casum sentit dominus" ersichtlich zu machen; denn allen jenen Fällen gemeinsam ist, daß der Schaden in etwas anderem besteht, als im Verluste der Sache.

Periculum bedeutet aber immer nur die Gefahr eines zufälligen Schadens; wo ein Schaden durch Verschulden einer der Parteien eintritt, sprechen wir nicht mehr von periculum im technischen Sinne. [11])

Was insbesondere den Kaufvertrag betrifft, so ist zu erwähnen, daß periculum immer nur die Gefahr eines solchen künftigen Schadens bedeutet, der nicht in der gegenwärtigen Beschaffenheit des veräußerten Gegenstandes seinen Grund hat. [12]) Denn für allen Schaden, der aus den bei der Vertragschließung schon vorhandenen Mängeln entsteht, haftet der Verkäufer, mögen die Mängel physische (ädil. Klagen) oder juristische sein (Evictionsanspruch). —

Aus der Wortbedeutung schon erklärt sich der Unterschied von periculum interitus [Untergang, Verlust [13])] und periculum deteriorationis (Verringerung, mag diese in Verminderung oder in Verschlechterung bestehen). Nicht immer werden beide Gefahren von der nämlichen Person getragen. Die Frage nach dem periculum ist also die Frage: welchen von Mehreren trifft der Unfall? Für Einen muß sich das Recht entscheiden: ein geteiltes periculum gibt es nicht. [14]) Noch weniger aber ein mehrfaches in dem Sinne,

---

[10]) §. 3. J. III, 23; l. 8. pr. D. h. t.; l. 34. §. 6. D. 18, 1.

[11]) „Periculum, ... quod tamen sine dolo venditoris intervenerit;" (l. 16. D. 18, 6) .... „quidquid ... sine dolo et culpa venditoris accidit ..." (§. 3. J. III. 23).

[12]) Vgl. l. 11. pr. D. XXI, 2 und l. 6. Cod. IV. 48 („hac non ex praeterito vitio rebus humanis exemta") und insbesondere l. 1. Cod. eod.

[13]) Das perire im subjectiven Sinne wird hier dem perire im objectiven Sinne gleichgestellt. s. l. 14. D. h. t. „res furto periit" und l. 9. D. L, 16 (Ulp.): „Marcellus apud Julianum notat, verbo periisse et scissum et fractum contineri, et vi raptum."

[14]) Die Wendung bei Mühlenbruch (doctr. Pand. §. 362, 3. Aufl.)

daß Mehrere gleichzeitig den Schaden in solidum trügen.[15]) Die eine oder die andere Rechtsbeziehung muß die stärkere Anziehungskraft ausüben: der Blitz schlägt gleichzeitig nicht in mehrere Orte ein! Es kann nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein, ein ökonomisches Unglück in seinem Erfolge zu vervielfältigen! —

§. 2.

Sprachgebrauch. [1])

Die römischen Juristen bezeichnen mit periculum meist einen Vermögensnachteil, aber auch sonst jede Gefahr; meist den drohenden Nachteil, aber auch den bereits eingetretenen Schaden;[2]) sie beschränken bald das Wort auf die Fälle, wo den Verpflichteten keine Verschuldung trifft, bald gebrauchen sie es ohne diese Beschränkung; bald hat das periculum in der Unmöglichkeit der

---

„ad utrumque spectat" erklärt sich daraus, daß er nicht überall die technische Bedeutung von periculum festhält. Dasselbe gilt von Thibaut (s. §. 478, S. 32, 8. Aufl.). — Es gibt kein zwischen die Parteien geteiltes periculum; es können aber natürlich mehrere Personen (z. B. Miteigenthümer) auf einer Seite stehen.

[15]) Näheres s. unten §. 51.

[1]) Näheres über den Sprachgebrauch bei J. Chr. Hasse, Die Culpa; 2. Aufl. §. 77, §. 78; u. S. 421 ff.; Mommsen, Beiträge I., S. 237—240; bezüglich „casus" Mommsen, S. 241—245, u. Ude, Arch. f. civ. Pr., B. 48, S. 394; Heinr. Hosens, „Wer trägt bei Obligationen die Gefahr?" (Inaug.-Diss. 1865) S. 4. 5. Allerdings hat „casus" zuweilen (s. N. 2) die Bedeutung, welche Goose (in Ihering's Jahrbüch. f. Dogm. IX., S. 199) dem Worte beilegt; aber als eine Definition kann seine Bemerkung nicht gelten.

[2]) Die Worte periculum, damnum, casus werden zuweilen als gleichbedeutend gebraucht. Das entstandene damnum ist ja regelmäßig für den Juristen die Veranlassung, überhaupt vom casus zu reden; andererseits wird periculum auf den schon vorhandenen Schaden bezogen [s. z. B. l. 7. pr. D. h. t. (Paul.), l. 12. cit. (Paul.), l. 14. pr. u. §. 1. cit. (Paul.), l. 15. cit. (Gaius)]. Doch ist die Ersetzung des Wortes „damnum" durch zwei andere keine ganz willkührliche: „periculum" deutet die juristische Beziehung des Schadens auf das Vermögen einer bestimmten Person an, während „casus" eine bestimmte Art des damnum, nämlich das zufällig eingetretene damnum bezeichnet.

Leiſtung ſeinen Grund, bald nicht. — Gleichwol hat aber das Wort im Zuſammenhange gewiſſer Redensarten eine feſte *techniſche* Bedeutung, nämlich die oben entwickelte.

Für das Tragen der Gefahr in dieſem Sinne finden ſich in den Quellen folgende Wendungen: res alicuius periculo est (l. 12. §. 3. D. 16, 3) oder vivit (Fr. Vat. §. 114; l. 34. §. 6. D. 18, 1); beide Arten der Gefahr werden hervorgehoben in l. 108. §. 11. de legat. (I.): periculo eius et vivit et deterior fit; — ferner: eius est (erit) damnum (§. 3, J. III. 23, l. 1. pr., l. 8. pr., l. 18. D. h. t.); periculum ad eum pertinet (l. 4. §. 1. D. h. t.) oder respicit (l. 8. pr. D. h. t.); res ad eius periculum pertinet (l. 62. §. 2. D. 18, 1); damnum ad eum pertinet (l. 2. C. IV., 48); casus ad eum pertinet (l. 6. C. IV., 48); sustinet periculum (l. 1. pr. D. h. t.); periculum praestare debet (l. 4. pr. D. h. t.); periculum eum adstringit (l. 5. C. IV. 48); ad ejus incommodum pertinet (l. 7. pr. D. h. t.); incommodum rei ad eum pertinet (l. 1. C. IV. 48); illi nocet (l. 17. D. h. t.); res illi perit (l. 11. pr. D. 12, 1; l. 15. D. h. t.). —

§. 3.

Die gemeinrechtliche Theorie.

Das *römiſche Recht* beſtimmt, daß nach perfectem Kaufvertrag der Käufer ſofort die Gefahr der Kaufſache trage, auch wenn ſie noch nicht tradirt worden iſt. Perfecta emtione periculum ad *emtorem* respicit (l. 8. pr. D. h. t.). Quum emtio et venditio contracta sit, ... periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, *tametsi* adhuc ea res tradita non sit (§. 3. J. III. 23). Wegen Verſchlechterung der Sache kann der Käufer keinen Abzug an dem Preiſe machen; geht ſie ohne Schuld des Verkäufers unter, ſo muß er gleichwol zahlen. *Emtoris* damum est, cui necesse est, *licet rem non fuerit nactus*, pretium solvere. —

Es hat gewiß viel zur Verwirrung der Streitfrage über das periculum beigetragen, daß man die *hiſtoriſche* Erklärung jener Regel nicht ſchied von der *Kritik* ihres Wertes de lege ferenda.

Fast jede Erklärung trat zugleich als Vertheidigung auf. Hier aber sollen beide Seiten möglichst auseinander gehalten und zuerst die Meinungen über den Grund jener Regel vorgeführt werden.

Die ältere Theorie[1]) meinte den (schon bei dinglichen Rechten nicht wörtlich zu nehmenden) Satz: „casum sentit dominus“ auch im Obligationen-Recht als leitendes Prinzip wieder zu finden.[2]) Die beiden Leihegeschäfte mutuum und commodatum haben den Zweck, einem Andern ein Object zum wirtschaftlichen Gebrauche zu überlassen, ohne Minderung des eigenen Vermögens. Sie unterscheiden sich aber so: beim mutuum geht das Object ins Eigentum des Andern über, beim commodatum nicht; dort trägt der Empfänger, hier der Verleihende die Gefahr. Die zwei anderen benannten Realcontracte (depositum, pignus) zeigen dieselbe Congruenz von Eigentum und periculum.[3]) Sobald man aber das Gebiet der Obligationen auf restituere verließ, mußte man die Bedeutung von dominus mehr und mehr dehnen,[4]) bis jene Regel alle Bestimmtheit verlor, und die zweite: „debitor speciei liberatur interitu rei“ in den Vordergrund trat. —

Jene Regel findet sich — trotz Schilling's Versicherung[5]) — weder den Worten noch der Sache nach in den Quellen:[6]) weder in l. 12. C. IV. 45, noch in l. 9. C. IV. 24 oder l. 9. §. 9. D. XII, 1 oder l. 14. §. 1. D. XVI. 3 oder l. 1. C. IV. 66; und aus l. 15. §. 2. D. XIX, 2 kann kein allgemeines Prinzip gemacht werden.

---

[1]) Vgl. J. Aem. Kuntze, In oblig. bilat. ad utrum contrahentium obl. periculum pertineat? (Dissert., Lpzg. 1851) §. 3, §. 4.

[2]) S. statt Vieler z. B. J. Kaufmann, Von Oblig. u. Verträgen (1820) §. V. (bes. S. 13—16); Haimberger, §. 463.

[3]) Koch, R. d. Forderungen, I., S. 200; Mommsen, Beiträge, I., S. 249, 250.

[4]) Die Regel wurde dahin gedeutet: Jeder verliere das ihm an der Sache und auf sie zustehende Recht, sofern dessen Ausübung durch den casus unmöglich werde. So J. Chr. Brandenburg, Spec. jurid. sistens principia quaedam generalia de damno casuali (Gött. 1793); Glück, IV., S. 377; Thibaut, System, II., §. 478; Mühlenbruch, Pand. §. 362.

[5]) In Richter's krit. Jahrb. v. 1838.

[6]) Wächter (s. Note 7), S. 118, N. 39, S. 132 ff.; Mommsen, a. a. O., S. 249, 250.

Es ist das Verdienst C. G. Wächter's, in meisterhafter Darstellung[7]) die völlige Haltlosigkeit und Unbrauchbarkeit jenes Satzes überzeugend dargetan zu haben.[8])

Drei Argumente[9]) mögen hier genügen: 1) Nach jenem Satze müßte die Entscheidung eine andere sein, je nachdem Jemand seine eigene Sache schuldet (z. B. aus einer Stipulation) oder eine fremde (z. B. aus einem Commodat, Depositum); 2) der Empfänger eines indebitum wird Eigentümer (condictio!), gleichwohl prästirt er nichts, im Falle das indebitum zufällig untergeht; 3) im Falle der l. 11. pr. D. XII. 1 müßte nach jenem Satze ohne alle Unterscheidung der Eigentümer bis zum Verkaufe die Gefahr tragen: die Quellen entscheiden anders: l. cit., l. 4. pr. (letzter Satz) D. XII. 1.[10]) — Auch haben seither die meisten Schriftsteller jenen Satz verworfen; nur wenige[11]) suchten ihn noch zu retten.

Die Bestimmung über das periculum beim Kaufe faßte die ältere Theorie als eine möglichst zu beschränkende Ausnahme auf,[12]) teils sie tadelnd, teils in verschiedener Art erklärend und entschuldigend.[13]) — Einige Schriftsteller suchten sogar die Ausnahme selbst zu beseitigen,[14]) was natürlich gegenüber dem klaren Wortlaut der Quellen mißlingen mußte.[15])

---

[7]) In dem Aufsatze: „Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?" im Arch. f. civil. Pr., XV. B. (1832).

[8]) Ueber den Satz: „casum s. d." vgl. auch noch die oben citirte Inaug.-Diss. von H. Hosens, S. 8—11.

[9]) Andere s. noch bei Wächter, S. 210, 211.

[10]) Vgl. Wächter, S. 127, 128.

[11]) Mühlenbruch, Pand. §. 362 (nach der 3. Aufl., in späteren §. 365); Schilling, Lehrb. f. Institutionen u. Gesch. d. röm. Pr. R., §. 234; Unterholzner, Schuldverhältnisse, I., §. 138.

[12]) S. Glück, IV., 380.

[13]) Der Kürze wegen werden bei den einzelnen Erklärungsversuchen der Neueren die Vorgänger erwähnt werden.

[14]) S. Glück, IV., 380, N. 48, u. XVII., S. 135 ff.; Wächter, S. 190, N. 3, S. 346; u. hier: Beilage I.

[15]) S. Glück, XVII., S. 135 ff., u. Treitschke, Kaufcontract, 2. Aufl., S. 308 ff.

§. 4.

Wächter selbst [1]) basirt die ganze Lehre vom periculum bei Obligationen auf die zwei Regeln: impossibilium nulla est obligatio (l. 185. D. de R. J.) und casus a nullo praestantur (l. 23 cit.). Daraus folge auch die Entscheidung beim Kaufe: durch den Untergang der Kaufsache würde dem Verkäufer die Erfüllung unmöglich, nicht aber dem Käufer, dessen Verpflichtung auf Geld geht, dessen Leistung (juristisch) immer möglich bleibt. [2]) Jene Entscheidung sei also keine singuläre, sondern ergebe sich aus allgemeinen Prinzipien. [3])

Dagegen bemerkte Mühlenbruch (§. 365, N. 5), aus jenen beiden negativen Sätzen folge nur, daß der Verkäufer nicht weiter (zur Interesseleistung) verpflichtet sei, keineswegs aber, daß ihm der Käufer verpflichtet bleibe. Diesen Einwand, den schon Glück (IV., S. 379) gegen die Vorgänger Wächter's erhob, haben fast alle Späteren wiederholt (s. Madai, Mora, S. 278, Fuchs, Arch. f. civ. Pr., XXXIV., S. 107; Schilling in Richter's krit. Jahrb. v. 1838, S. 252, Mommsen, Beitr. I., S. 237; Kuntze, a. a. O. §. 5, Hofens, a. a. O. S. 11, 12). Dieser Einwand könnte aber durch eine bestimmtere Fassung der Wächter'schen Ansicht beseitigt werden (s. unten).

Leere Spitzfindigkeit ist die Wendung, mit der Etzdorf [4]) dieselbe Ansicht wiederholt: „Secundum jus Rom. casus non solvit obligationem, sed liberat eum, qui obligatus est, a praestatione, neque obligatio interit. Quam ob rem venditor a praestanda re vendita casu perdita liberatur, emtio autem simulque iura venditoris ad pretium petendum manent“ (p. 15).

---

[1]) A. a. O. (s. §. 3, N. 7), S. 189 ff., u. Beurteilung des sächs. Entw., S. 131 ff.

[2]) Denn Geld ist ein unübersehbares genus, das nie untergeht.

[3]) Dieselbe Auffassung, mehr weniger klar ausgedrückt, findet sich schon bei Franc. Balduinus (in Jurispr. Rom et Attic. I., col. 726.), Noodt, Heineccius, Westenberg u. A.

[4]) R. W. Etzdorf, De periculo rei venditae. (Diss. inaug., Halis 1868).

Richtiger ist Ude's Bemerkung,[5]) „daß bei Bilateral-Contracten vor allem nur derjenige selbstständige Obligationenteil von der casuellen Unmöglichkeit betroffen wird, dessen Erfüllung durch den Eintritt eines solchen Ereignisses vereitelt wird, und daß die fernere Frage: ob nun auch mittelbar die mit der unmöglich gewordenen Verpflichtung correspondirende Gegenobligation aufgehoben und beziehungsweise aufgehoben werde, nicht in die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung gehört, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über Billigkeit und bona fides und deren Einfluß auf einzelne Contractsverhältnisse zu beurteilen ist."

Insofern enthält einen Fortschritt die Erklärung[6]) von Reatz:[7]) Nach ihm entstehen mit der Perfection eines zweiseitigen Vertrages zwei selbstständige, in ihren Schicksalen einander nicht beeinflussende Rechte (vgl. Dernburg, Compensation, S. 66 ff., insbesondere 76). Daher geht mit der Perfection des Kaufes die Gefahr auf den Käufer über. Ganz ähnlich äußert sich Hosens in der oben citirten Inaugural-Dissertation (1865), (S. 23, 24).[8]) — Diese Behauptung widerspricht dem Wesen der zweiseitigen Obligationen (s. v. Savigny, Obl. R. II., S. 12—14, Windscheid, Pand. II., §. 321, N. 2 und N. 16), welche ja entgeltliche Rechtsgeschäfte sind. Deshalb hat C. A. Schmidt[9]) geradezu behauptet, der Kauf gelte nach römischem Rechte gar nicht als wahrhaft gegenseitiger Vertrag. Diese Behauptung hat aber schon Mommsen[10]) vollständig widerlegt.

---

[5]) Im Arch. f. civ. Pr., XLVIII., S. 399—400.

[6]) Ausnahmsweise eine Erklärung, die keine Apologie sein will.

[7]) „Zur Lehre vom casuellen Untergang obligat. Rechte" (Linde's Ztschft., XV. B., S. 351 ff.).

[8]) Der oberste Grundsatz ist nach ihm: „creditoris est periculum" (S. 19 ff.); „Die Grundsätze der wahren Billigkeit geben . . das Resultat der Trennbarkeit der zweiseitigen obligatio."

[9]) „Der prinzipielle Unterschied zwischen dem röm. und dem german. R.," S. 262.

[10]) Beiträge z. Obl. R., I., S. 420.

§. 5.

Madai[1]) meint: „Das periculum tragen heißt so viel als obligatorisch verpflichtet bleiben, trotz des zufälligen Unterganges der Sache; denn die perpetuatio periculi ist lediglich eine Folge der perpetuatio obligationis. Das periculum trägt demnach jederzeit derjenige, cuius obligatio est perpetua.“ — Die perpetuatio obligationis ist kein selbständiges Prinzip;[2]) die obige Begriffbestimmung von periculum ist falsch;[3]) überdies ist aber mit jenem angeblichen Prinzip nichts gewonnen: das periculum trägt derjenige, dessen obligatio perpetua ist, d. h. derjenige, der leisten muß, obwohl das Object seiner ursprünglichen Verpflichtung entfallen ist, d. h. derjenige, der das periculum tragen muß![4]) Nun vollends die Anwendung jenes Satzes auf die Gefahr des Käufers[5]) beruht auf einem argen „Verdenken“! Der Käufer muß leisten: nicht, obwohl der Gegenstand seiner Verbindlichkeit entfallen ist, sondern, obwohl das Object der gegnerischen Verpflichtung entfallen ist.

C. F. Koch[6]) behauptet für das römische Recht folgende Regeln: „Die casuelle Unmöglichkeit gilt für vollendete Erfüllung. Creditoris est periculum. Casus a nullo praestantur.“ Von den zwei ersten Sätzen gibt er selbst mehrere Ausnahmen zu. Die Normirung beim Kaufe erscheint ihm als die regelmäßige, die bei der Sachmiete als Ausnahme (s. unten).

Den ersten Satz hat K. Fuchs[7]) fruchtbar zu machen gesucht.

---

[1]) C. O. v. Madai, Lehre von der Mora (1837), S. 279.

[2]) v. Bangerow, III., §. 588, A. 3 (S. 221 der 6. Aufl.), u. Mommsen, a. a. O., S. 347, N. 13. — Vgl. Neuner, Privatrechtsverh., S. 178 ff.

[3]) S. hier §. 1.

[4]) Mit Recht bemerkt Schilling (Richter's krit. Jahrb. v. 1838, S. 250): Madai mache Wächter's Theorie den Vorwurf des Cirkels, der vielmehr seine eigene Theorie treffe. — Gegen Madai auch Fuchs (in dem gleich anzuführenden Aufsatz, S. 107—111) u. Kuntze, a. a. O., §. 6; u. Hofens, a. a. O., S. 13, 14.

[5]) Madai, S. 280.

[6]) Recht d. Forderungen nach gem. u. preuß. R. (1836), I., S. 192 ff.

[7]) „Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen.“ Im Arch. f. civ. Pr., XXXIV. Bd. (1851). Besonders ist auf das Résumé am Schluß aufmerksam zu machen.

Er behauptet, in den Quellen sei ganz allgemein die Fiction durchgeführt, daß eine Handlung als vorgenommen gelte, wenn sie ohne Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden ist.[8]) Eine so künstliche Behandlung würde kaum Jemanden befriedigen.[9]) Fuchs aber stellt sie als eine Forderung der Billigkeit hin,[10]) und glaubt, sie sei dem „jus naturale" entnommen und „ein Gebilde der Doktrin".[11])

Ist dies wahrscheinlich bei einer Frage, die der Verkehr tagtäglich an das Rechtsbewußtsein eines Volkes stellt?! — Ueberdies ist aber der Versuch, für jene Behauptung den quellenmäßigen Beweis zu erbringen,[12]) völlig mißlungen. Da Fuchs behauptet: die Entscheidung beim Kaufe sei keine singuläre; nach demselben Prinzipe werde durchweg entschieden, so können zur Erbringung des Beweises für dies allgemeine Prinzip nicht Stellen zugelassen werden, die vom Kaufe oder einem völlig gleichgestellten Geschäfte handeln (l. 5. §. 2. D. XVIII. 5 und l. 15. D. de jure dot. XXIII. 3). In l. 72. pr. D. XLVI. 3 und l. 9. §. 1. D. eod. wird mora des Gläubigers vorausgesetzt. In l. 107. D. eod. wird neben der Solution auch unverschuldeter Untergang der Sache als Endigungsgrund einer Obligation angeführt; gleiches geschieht in jedem Lehrbuch! Dazu brauchen wir keine Fiction. — Der Sinn von l. 36. D. II. 14 ist folgender: B macht dem A den Vorwurf: „Du hast die Sache nicht dem C übergeben, unseren Vertrag nicht gehalten; wie kannst du dich auf ihn berufen?" Dagegen kann sich A durch den Nachweis schützen, daß nur objective Verhinderung die Ursache war, warum er bisher nicht übergeben habe. — In l. 16. §. 2. D. de pec. const. XIII. 5 hat der Kläger die Erfüllung selbst verhindert! — Die Sätze aus der Lehre von den Bedingungen erklären sich ganz einfach aus dem Zwecke der Beisetzung solcher Bedingungen. — Ueber die einzige

---

[8]) S. 112.

[9]) Gegen diese Fiction s. Mommsen a. a. O., S. 326—329. Ude im Arch. f. civ. Pr., XLVIII. Bd., S. 396.

[10]) Kommt im wesentlichen auf das „creditoris est periculum" hinaus.

[11]) S. 226, 227. Ebenso, nur noch zuversichtlicher Goose, in Ihering's Jahrb. IX., S. 197. — Mommsen (S. 349) hingegen nimmt an, „daß die für den Kaufcontract anerkannte Regel .... auf der Praxis beruht." —

[12]) S. 115—120, 224, 225.

erhebliche Stelle (l. 39. D. de R. J.) s. Mommsen, a. a. O. S. 328, 329. —

Fr. Mommsen [13]) lehrt: Für die zur Zeit des bindenden Vertragschlusses [14]) schon vorhandene (ursprüngliche) Unmöglichkeit der Leistung gilt, wenn sie eine objective [15]) ist, die Regel: „impossibilium nulla est obligatio;“ [16]) für die nachfolgende, wenngleich nur subjective, [17]) Unmöglichkeit, wofern nur der Debitor nachweisen [18]) kann, daß sie ohne sein Verschulden [19]) eingetreten ist; gilt der Satz: „casus a nullo praestantur.“ [20]) Mommsen gesteht, daß sich die Bestimmungen des römischen Rechts über periculum nicht unter einen Gesichtspunkt bringen lassen. [21]) — Die Entscheidung beim Kaufe bringt er ebenfalls mit der oben besprochenen Fiction zusammen, [22]) obwohl er deren allgemeine Gültigkeit bestreitet. [23])

---

[13]) In seinen vortrefflichen Untersuchungen über „die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse“. (Beiträge zum Obl. R., I. Abt., 1853).

[14]) Die genauere Fixirung der Scheidegrenze zwischen der ursprünglichen und der nachfolgenden Unmöglichkeit, s. Mommsen, S. 1 u. S. 102.

[15]) s. hier N. 16.

[16]) Ueber diese Regel, s. Mommsen, S. 103—112.

[17]) Mommsen, S. 5, 6, 27 ff. Darüber die Kritik von Windscheid (Heidelb. krit. Ztschft., II. Bd., S. 108—110).

[18]) Ueber die Beweislast S. 230, 231; dazu Windscheid, a. a. O. S. 127, 128.

[19]) Näheres, a. a. O., S. 234—236.

[20]) Mommsen (S. 232, A. 5 u. S. 347, N. 15) legt in diese Worte mehr Inhalt hinein, als sie ausdrücken wollen. Ulpian in der bekannten Stelle (l. 23 de R. J.) dachte nur an den Gegensatz von Zufall und Verschulden.

[21]) Er stellt zwei Regeln auf, indem er die obligatorischen Verhältnisse in zwei Gruppen bringt: s. S. 349 u. S. 352.

[22]) Mommsen, Fuchs u. A. sagen: Käufer trägt die Gefahr, weil sofortige Tradition fingirt wird. Richtiger sagt Thöl (I., 460): „es gilt, als habe er (Verkäufer) tradirt, eben weil der Käufer die Gefahr trägt;“ richtiger darum, weil die letztere Wendung keine Erklärung, sondern nur eine andere Formulirung des positiven Rechtssatzes sein will.

[23]) S. 326—329. Daß übrigens auch beim Kaufe die Römer aus jener Fiction nicht Ernst machen, ergibt folgende Erwägung: täten sie es, dann müßte der Verkäufer nach eingetretener casueller Unmöglichkeit von jeder Verbindlichkeit

Aber er sieht jene Entscheidung nicht als eine normale an, sagt vielmehr: „das Natürliche und dem Wesen der gegenseitigen Obligation Entsprechende" sei, „daß das Wegfallen der Leistung, sofern es nicht durch Erfüllung erfolgt, auch den Wegfall der Gegenleistung zur Folge habe." (S. 349.)

§. 6.

Nun kommen wir zu den Meinungen derjenigen Schriftsteller, welche die Normirung des periculum beim Kaufe nicht in den Rahmen einer allgemeinen Theorie zwängen wollen, deren Unmöglichkeit mehrfach anerkannt ist,[1]) sondern welche sie aus der besonderen Natur des Kaufgeschäftes erklären. Und hier soll zuerst eine Gruppe von Ansichten hervorgehoben werden, die man am kürzesten als die Theorie vom sofortigen Vermögensübergang oder als Zugehörungstheorie kennzeichnen kann.

Der älteste Kauf geschah „Zug um Zug": mit der einen Hand wurde die Sache gegeben, mit der andern das Geld genommen. Dieser Grundtypus lebt so in der Vorstellung der Menschen, daß der Laie sich meist den Kauf als einen sofort beendeten Austausch von Vermögensstücken denkt. Verkaufen heißt ihm: „Die Sache soll nun dein, nicht mehr mein sein." Das Noch-nicht-geliefert-sein denkt sich der Laie als ein Liegenlassen, ein Depositum. Wäre diese Auffassung richtig, dann müßte der Jurist den Kauf als einen entgeltlichen dinglichen Vertrag bezeichnen. Auch von Rechtsphilosophen ist er so aufgefaßt worden, ja im französischen Rechte wird er wirklich so behandelt. Natürlich muß dann der Käufer die Gefahr tragen. —

Eine solche Auffassung mußte auch den Römern vorgeschwebt haben; denn die ganzen Bestimmungen über periculum, commodum,

---

frei sein, was bekanntlich nicht immer der Fall ist. (Cession der Klagen gegen den Zerstörer u. dgl.!) Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogm. III., S. 485, 486.

[1]) So insbesondere von Vangerow, III., §. 591 (in der 6. Aufl. S. 231); vgl. auch Sintenis, Civilrecht, II, 472, N. 44; und Wolff, Zur Lehre von der Mora, S. 126—145. Gegen die letzteren Knutze, §§. 7, 8.

Impensen führen darauf hin, daß sie die verkaufte Sache als dem Käufer sofort „gehörig" ansahen.[2])

Diese Erklärung des fraglichen Satzes findet sich bei vielen Schriftstellern; am klarsten dargestellt und am besten begründet in dem oben (§. 3, N. 1) citirten verdienstlichen Schriftchen von J. E. Kuntze, §§. 21 ff.

Windscheid[3]) sagt: nach Vollendung des Kaufvertrages werde die Kaufsache auch ohne Tradition als aus dem Vermögenskreise des Verkäufers ausgeschieden und in den des Käufers übergegangen angesehen. Aber seine Auffassung des Kaufcontractes als eines Entäußerungsvertrages, wonach der Käufer eine Sache haben solle,[4]) entspricht nicht dem römischen Recht. — Einen „Entäußerungsvertrag", der zwischen dem dinglichen und dem obligatorischen Vertrage als Uebergangsform in der Mitte stände, gibt es nicht. Als dinglichen Vertrag[5]) aber faßte das römische Recht den Kauf nicht, und konnte es gar nicht tun; (denn dem stand entgegen 1) die Beschaffenheit des römischen Sachenrechtes, das tiefe Bewußtsein von der Unentbehrlichkeit scharf ausgeprägter Formen auf diesem Gebiete, und 2) ein später zu erörternder singulärer Satz, vgl. Kuntze, §. 27); vielmehr bezeichnete das römische Recht als die Wirkung des Kaufcontractes die Entstehung eines einheitlichen obligatorischen Verhältnisses, das mannichfache Verpflichtungen auf beiden Seiten erzeugt.

---

[2]) S. z. B. l. 3. D. XVIII. 6.: Wie jeder anständige Mensch eine ausgeliehene Sache sorgfältiger aufbewahrt, als eine eigene, so sei auch der Verkäufer verpflichtet, „ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet."

[3]) In seiner Kritik des Buches von Mommsen, S. 136, 137; in den Pand. II., §. 321, N. 18, 19. Mommsen selbst schloß sich dieser Auffassung an in den „Erörterungen", S. 29—31. Vgl. die treffenden Bemerkungen Ihering's in seinen Jahrb. f. Dogm., III, S. 462 und N. 17. —

[4]) Pand. II., §. 321, N. 18: ... „im Verkaufe wird die Sache weggegeben, nicht bloß die Verpflichtung übernommen, sie wegzugeben." Vgl. ebendort N. 19; vgl. I. §. 177, N. 1, II. §. 330, N. 6, §. 365, N. 18, §. 389, N. 2, §. 390, N. 3.

[5]) Hier ist der interessante Irrtum zu erwähnen, der sich in Regneri ab Oosterga Censura Belgica (ad D. lib. 18, tit., 6, l. 1) findet: nach dem ius gentium werde der Käufer sofort Eigentümer der gekauften Sache.

Die prinzipale Verpflichtung auf Seiten des Verkäufers ist: eine Sache so dem Andern zu geben (tradere), ut emtori habere liceat; auf Seiten des Käufers: den Preis zu zahlen. Und eben von diesem Standpunkt aus müssen wir jenen Satz als einen singulären bezeichnen, der sich nur historisch völlig erklären läßt (s. unten).

In diese Gruppe[6]) sind auch die Aeußerungen von Endemann (Hand R., S. 533: die Sache gehöre, wenn auch nicht körperlich, doch dem Werte nach schon dem anderen Contrahenten); ferner die von Keller (Pand. §. 329) und von Puchta einzureihen. Letzterer sagt: „Aus inneren (?) Gründen ergibt sich, daß bei Tauschverträgen überhaupt, die durch Consens perfect werden, der Umstand, daß die beiderseitige Vollziehung nicht gleich im Momente der Perfection geschehen sollte, die rechtliche Lage des Verhältnisses nicht verändern kann. So wenig im Falle sofortiger Vollziehung eine Partei das Empfangene einbüßen würde, weil die ihr gegebene Sache beim Empfänger zu Grunde geht, eben so wenig kann der rechtmäßige Aufschub der Vollziehung diese Wirkung haben; der Schuldner wird befreit und erhält die Gegenleistung.“ [7]) Doch schlägt hier der zweite Gedanke vor: der Verkäufer soll keinen Nachteil leiden; denn ihn trifft kein Vorwurf. —

Das Richtige in allen diesen Theorien ist, daß jene laienhafte Anschauung allerdings bei der Entstehung des fraglichen Rechtssatzes

---

[6]) Von älteren Schriftstellern ist hier namentlich Westphal zu erwähnen (V. Kaufe... §. 581): dem Käufer fehle wol vor der Uebergabe Eigentum und Besitz; „demohnerachtet ist es gleich nach richtig gewordenem Handel fast so gut(!), als wenn er schon Eigentümer wäre.“ Noch stärker ist die Behauptung Goose's (S. 205): „die Tradition vergrößert das materielle Recht des Käufers nicht mehr(!), sie sichert es nur(!) Dritten(?) gegenüber.“ —

[7]) Pandekten (10. Aufl.) §. 302 (S. 474); ihm schließt sich Arndts an (P. §. 275). Gegen die ältere Ansicht, welche keine Ausdehnung der für den Kauf geltenden Regel zugeben wollte (s. z. B. Thibaut, §. 478, Mühlenbruch, §. 362, A. 5) erklärt sich Puchta (l. c.) sehr entschieden. Für die Anwendung auf alle das Eigentum übertragenden zweiseitigen Verträge: Schweppe, Das röm. Priv. R. (§. 430), v. Wening, Gem. Civ. R. (Buch III., §. 135); für eine noch weitere Anwendung: Brandenburg in der citirten Schrift; ihm folgt Höpfner im Commentar üb. d. Heineccischen Inst. (8. Ausg. von A. D. Weber, S. 843, 2, 844, A. 3); ferner Wächter, Doctr. de condictione c. d. c. n. s. (128—133); endlich Mommsen (a. a. O., S. 352).

mitgewirkt hat.[8]) Aber eine Rechtfertigung de lege ferenda erreichen jene Ausführungen nicht (ſ. unten). Und vollends unbrauchbar ſind die vagen Vorſtellungen von einem ſolchen „Vermögensübergang", der kein Eigentumsübergang iſt,[9]) um ein leitendes Prinzip abzugeben.

Die eifrigſten Verteidiger einer Sache ſchaden ihr oft am meiſten. In unſerer Frage gilt dies von Gooſe, der den Satz aufſtellt: „Den casus trägt der, deſſen Vermögen betroffen iſt" (S. 199), d. h. ein ſchädigendes Ereigniß trifft den, deſſen Vermögen es trifft! — Der casus trifft aber eben deßhalb das Vermögen des Käufers, weil das römiſche Recht ihm den Schaden aufbürdet! — Im beſten Falle hätten wir ſtatt einer Antwort eine neue Formulirung der Frage, wobei neue Schwierigkeiten aus der Unbeſtimmtheit entſtehen, welche in unſerem Sprachgebrauche dem Worte „Vermögen" anhaftet. Gooſe ſucht (S. 202 ff.) feſtzuſtellen, wann der „Vermögensübergang" erfolge, erklärt es aber für unnötig, „den ganzen Inhalt des Begriffes Vermögen erſchöpfend darzuſtellen." So lange man nicht ſich und Anderen klar gemacht hat, was man unter „Vermögen" verſteht, kann man auch den Moment nicht finden, wo etwas in dieſes „Vermögen" übergeht![10]) — Man kann einen Inbegriff juriſtiſcher

---

[8]) Ausdrücklich wird das periculum mit dem „in bonis esse" in Verbindung gebracht in c. 9. C. de pign. act. (IV. 24); doch iſt dort von einer Pfandſache die Rede.

[9]) Allerdings kennen die Quellen ein vom Eigentum verſchiedenes „in bonis habere" (ſ. l. 52. D. XLI. 1, l. 143, D. L. 16 und die von Gooſe S. 200 ff. zuſammengeſtellten Citate), (vgl. auch decisiones Rotae Genuae, d. 190, 2): der leitende Gedanke iſt: „habetur, quod peti potest." Ein allgemeines Prinzip kann aber hieraus nicht gewonnen werden. — Während dort zwei Arten des „habere" unterſchieden werden, je nachdem man etwas ſchon hat, oder es erlangen kann; wird in der l. 188. D. L. 16 ſpeziell mit Bezug auf den Kauf anders unterſchieden: „Habere duobus modis dicitur, altero iure dominii, altero, obtinere sine interpellatione id, quod quis emerit." Damit will aber Paulus offenbar ſagen: der Verkäufer garantire dem Käufer nur das faktiſche, unangefochtene Haben, nicht auch das rechtliche Haben im Sinne des dominium. —

[10]) Wie nebelhaft Gooſe's Vorſtellungen vom „Vermögensübergang" ſind, davon zeugen ſeine Bemerkungen über den mehrfachen Verkauf (S. 208, 209) und folgende über den alternativen Kauf: „Jede (der mehreren Sachen) iſt perfecta

Wirkungen „Vermögensübergang" nennen. Wenn aber Gooſe zu jenen Wirkungen den Gefahrsübergang zählt, ſo iſt das eine Tautologie, die Niemanden klüger macht. Gooſe ſagt wörtlich: „So lange die Sache nicht in das Vermögen des Verkäufers gekommen — d. h. ſo lange ſie nicht eius periculo war — konnte ſie .... nicht aus dem Vermögen des Verkäufers in das des Käufers übergehen. Alſo trägt der Käufer den casus nicht." — Wann geht das periculum auf Jemanden über? Gooſe antwortet: „Sobald die Sache in ſein Vermögen übergegangen iſt." Wann iſt die Sache in ſein Vermögen übergegangen? Gooſe antwortet: „Sobald ſie eius periculo iſt." — Idem per idem! —

§. 7.

Aehnlich wie Puchta, äußert ſich Koch: „wenn ... eine Sache zu geben verſprochen worden iſt," erſcheine „der Aufſchub der Erfüllung als etwas dem Geſchäfte fremdartiges und zufälliges, ſo daß mithin dieſer Umſtand auf das Geſchäft keine Wirkung äußern kann" (ähnlich auch Mommſen). Dieſe Aeußerungen bilden den Uebergang von der früher aufgeführten Gruppe zu der folgenden.

Ihering's Erklärung [1]) geht dahin: Das Eingreifen eines casus in zweiſeitige Obligationsverhältniſſe iſt nur möglich, wo Begründung und Erfüllung zeitlich auseinander fallen. Während dieß bei einigen Geſchäften (z. B. Sachmiete) notwendig der Fall iſt, iſt beim Kaufe urſprünglich das Gegenteil die Regel. Wer einen Aufſchub verſchuldet, hat die Gefahr zu tragen. Um alle Streitigkeiten darüber abzuſchneiden, wer — vom Falle eigentlicher mora abgeſehen — der ſofortigen Erfüllung hinderlich war, habe das römiſche Recht die Regel aufgeſtellt, daß an dem Aufſchub der Käufer Schuld geweſen. [2]) Die Rückſicht auf die Prakticabilität des Rechtsſatzes habe es rätlich erſcheinen laſſen, „bei der emtio speciei dem Käufer

---

emtione vom Verkäufer aus ſeinem Vermögen in das des Käufers hinübergebracht, jedoch mit der Modification, daß es keine der anderen ſei." — !! —

[1]) In den Jahrb. f. Dogm., III., 461—466.

[2]) Ausgenommen den Fall erwieſener eigentlicher mora des Verkäufers.

schlechthin die Gefahr zuzuweisen, anstatt je nach Umständen die Gefahr zwischen beiden zu verteilen." [3])

Aeltere Schriftsteller (Lauterbach, Malblanc, Cocceji u. A.) behaupteten geradezu: der Käufer solle gleich nach abgeschlossenem Kaufe die Sache nehmen und bezahlen, sonst sei er in mora. —

§. 8.

Denjenigen, welche die Singularität des Satzes vom sofortigen Gefahrübergang auf den Käufer nicht zugeben wollen, haben immer die gegenteiligen Bestimmungen bei der locatio conductio Schwierigkeiten bereitet. Sie bemühten sich darum, tiefe Verschiedenheiten zwischen beiden Geschäften darzutun, was natürlich mißlingen mußte.

So meint Fuchs [1]) (a. a. O. S. 400 ff.): die auf Localgewohnheiten basirten Normen bei der Sachmiete müßten „aus der besonderen Natur dieses Vertrages" erklärt werden. Der Vermieter habe eine Garantie für das uti licere übernommen; [2]) gleiches tut ja aber auch der Verkäufer in Bezug auf das habere licere. [3]) Daß die Garantie bei der Miete eine andere Natur gehabt habe, als beim Kaufe, ist eine aus der Luft gegriffene Behauptung, soweit sie nicht Tautologie ist, d. h. soweit sie nicht eben sagt, daß hier das periculum anders normirt war. — Koch [4]) betont, daß die Verbindlichkeit aus dem Kaufcontracte momentan erfüllt werden könne, nicht aber die aus dem Mietvertrage. — Ein solcher Unterschied besteht nicht: der Verkäufer hat die prinzipale Verpflichtung, die Sache so dem Käufer zu übergeben, ut habere ei liceat. Daraus ergibt sich die weitere Verpflichtung, nicht nur selbst den Käufer in diesem factischen Haben nicht zu stören, sondern auch dafür einzustehen, daß

---

[3]) Jahrb. f. Dogm., IV., S. 398.

[1]) Vgl. auch v. Wächter, a. a. O., S. 203.

[2]) Ob praestare „garantiren" bedeute, darüber s. die bei Windscheid, §. 252, N. 4, Angeführten; und jetzt insbesondere Hosens, Inaug.-Diss. (1865), S. 28, 29.

[3]) Vgl. Mommsen, a. a. O., S. 349, N. 17.

[4]) Vgl. Mommsen, a. a. O., S. 348 ff.; und Ihering, Jahrb., III., S. 461 ff.

kein Anderer es mit Erfolg tue. Der Vermieter hat die prinzipale Verpflichtung, dem Mieter die Sache so zu überlassen, „ut ei praestetur, frui quod conduxit licere“ (l. 9. pr. D. XIX, 2). Daraus ergibt sich die weitere Verpflichtung, nicht nur selbst ihn in dem factischen Gebrauche nicht zu stören, sondern auch dafür einzustehen, daß kein Anderer es mit Erfolg tue. Mit der factischen Uebergabe ist hier wie dort die prinzipale Verpflichtung erfüllt.

Auch Reatz[5]) und Goose betonen, nur wieder in anderer Art, die Verschiedenheit der Leistungen, zu denen einerseits der Verkäufer, andererseits der Vermieter verpflichtet ist. Goose löst die Miete in eine Reihe von (wie vielen?!) successiven Käufen auf, wobei der Gebrauch als eine res futura zu denken sei.[6]) Ganz ähnlich (nur weniger apodiktisch) bezeichnet Hofens (S. 30) den Gegenstand der Miete „als eine res futura“, nämlich „die zeitlich hervortretenden Aeußerungen der in der Sache liegenden nutzbaren Eigenschaften und Kräfte“; gibt aber zu, daß diese „Auflösung des Rätsels“ „dem natürlichen Gefühle nicht als eine ungesuchte erscheint“; daß kein genügender Grund einzusehen sei, warum bei der Miete etwas anderes gelten solle als beim Kaufe (S. 32.).[7])

Förster (Preuß. Pr. R. I., S. 725 ff. u. N. 46) behauptet einen inneren Unterschied zwischen „Gegenleistungen“ (beim Kaufe) und „Vor- und Nachleistung“ (bei der Miete). Dasselbe will Ude's Behauptung[8]) sagen: beim Kaufe gelte „der Grundsatz vollständiger Parität der dabei concurrirenden Verpflichtungen“, bei der Sachmiete dagegen werde die Gebrauchsüberlassung „als die prinzipale und zuerst zu erfüllende Verbindlichkeit, die Gegenverbindlichkeit des Mieters aber als eine von der Leistung des Vermieters abhängige, später zu erfüllende betrachtet“. — Diese der unbefangenen wirtschaftlichen Beur-

[5]) In dem früher citirten Aufsatz in Linde's Ztschft., XV. Bd.

[6]) In Ihering's Jahrb., IX., S. 216 ff.

[7]) Nur denkt er sich das Verhältniß von Regel und Ausnahme genau umgekehrt, als es hier dargestellt wird. Er bedauert, daß der Satz über das periculum beim Kaufe nicht auch auf die Miete Anwendung fand (S. 32), während hier behauptet wird, der Satz über das periculum bei der Miete sei das richtige Prinzip.

[8]) Im Arch. f. civ. Pr., XLVIII., S. 397.

teilung der Verhältnisse widersprechenden Ansichten sind übrigens nicht neu. Schon Sintenis (Gem. Civ. R. II., §. 97, §. 106) und v. d. Pfordten (Abh. aus d. Pand. R., S. 323) haben sie ausgesprochen, und schon Kuntze (§. 8) hat sich gegen sie erklärt.

Degenkolb (Platzrecht u. Miete, S. 189 ff.) meint die verschiedene Gefahrverteilung bei Kauf und Miete so erklären zu können: weil Käufer und Verkäufer sich gleichauf gegenüberstehen, begnüge sich der Käufer, für seine Verpflichtung die Gegenverpflichtung des Verkäufers zu erhalten. Der Vermieter aber habe eine überlegene Stellung gegenüber dem Mieter, den er unter Umständen selbst austreiben könne .... Deshalb müsse der Mieter durch jene Bestimmungen über periculum schadlos gehalten werden. — Aber die Regeln über periculum beziehen sich auf zufällige Ereignisse, können also nicht die Tendenz haben, einen Contrahenten gegen des Anderen freie Handlungen zu schützen. —

Nun sind aber Kauf und Miete ihrem Wesen nach identisch. Ursprünglich waren sie wenigstens leicht auseinander zu halten: Kauf war Hingabe einer Sache zum Eigentum gegen Geld; Miete war zeitlich beschränkte Ueberlassung einer Sache zum Gebrauche gegen Geld. Als aber bei größerer Entwicklung des Verkehrs die Eigentumsübertragung für unwesentlich angesehen werden mußte, und als nicht mehr körperliche Sachen allein verkauft werden konnten, traten die Unterschiede so zurück, daß oft die Grenze zwischen beiden Gebieten nur mit Mühe zu finden ist. Und an vielen Stellen ist diese Scheidegrenze nur eine historische, keine aus den „Begriffen" der Geschäfte sich ergebende. Konnten doch schon im classischen römischen Rechte verkauft werden: der Besitz (l. 34, §. 4. D. de contr. emt.), und der Ususfructus, wenigstens der Ausübung nach. (l. 12, §. 2. D. de usufr. VII, 1: usufructuarius .... alii fruendam concedere, vel locare vel vendere potest). Daß also der Verkauf des zeitlich beschränkten Gebrauches als ein eigenes Geschäft (locatio conductio) abgehandelt erscheint, erklärt sich teils aus historischen, teils aus praktischen Gründen (wegen der großen Bedeutung dieses Geschäftes im täglichen Leben). — Darum läßt sich auch die entgegengesetzte Normirung der Gefahr bei beiden Geschäften nur historisch erklären (s. unten), nicht aus inneren Unterschieden dieser

Contracte.[9]) Auch bei der Miete hätten ja die Römer sagen können: „sobald der Contract perfect ist,[10]) entstehen zwei selbständige Obligationen; der Mieter ist zur Zahlung verpflichtet ohne Rücksicht auf die Schicksale der Gegenverpflichtung." Wie sie sagten: „du mußt zahlen, obwol du die Sache nicht bekommst," — konnten sie sagen: „du mußt zahlen, obwol du den Gebrauch nicht machen kannst." —

Während jene Schriftsteller den Unterschied von Kauf und Miete so sehr urgiren, heben die Römer nachdrücklich die große Verwandtschaft derselben hervor. „Locatio conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistunt" (pr. Inst. III, 24). „Adeo — familiaritatem aliquam inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio" (§. 3. Inst. cit.). Vgl. l. 2. D. XIX, 2.[11])

§. 9.

Versuch einer historischen Erklärung.

So künstlich und einander widersprechend sind die Versuche, den in Frage stehenden Rechtssatz aus allgemeinen Prinzipien abzuleiten. Daß derselbe natürlich, ja ganz selbstverständlich sein soll (wie namentlich

---

[9]) Bei der Sachmiete ist ein zweifaches periculum zu unterscheiden: das der Mietsache und das des Gebrauches derselben. Daß der Vermieter das erstere periculum tragen müsse, versteht sich ebenso von selbst, als daß der Commodatar nicht für den die Sache treffenden casus haftet. Rücksichtlich des periculum des Gebrauches, der ja gleichsam das vom Mieter gekaufte Object ist, stellt sich die Frage gerade so, wie bei der emtio venditio. Die Antwort aber in den beiden Fällen ist eine entgegengesetzte: die bei der Sachmiete fließt aus der Natur entgeltlicher Geschäfte, die beim Kaufe ist ein uralter singulärer Rechtssatz. —

[10]) „Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic et locatio conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit" (pr. Inst. III. 24).

[11]) Cujacius nennt die locatio conductio „*ἀντίστροφον* emtionis venditionis" (Obs. XI. 17; in der Neapol. Ausg. III. Bd., S. 308).

Koch und Gooſe behaupten), dem widerſpricht ſchon das Vorhandenſein einer ſolchen Anzahl verſchiedener Erklärungsverſuche. Vielmehr ſtellt er ſich dem Unbefangenen als ein ſingulärer dar, und dieſe ſeine Natur ſoll weiter unten durch den Nachweis dargetan werden, daß der Satz nicht nur unſerem deutſchen Rechtsbewußtſein widerſpricht, ſondern auch mit den allgemeinen Grundſätzen des claſſiſchen römiſchen Rechtes nicht in Einklang gebracht werden kann. — Ich kann alſo Fuchs nicht beiſtimmen, der unſern Satz als „ein Gebilde der Doctrin“ ausgibt, und für ganz unwahrſcheinlich halte ich die Vermutung von Reatz, daß das römiſche Recht zuerſt den entgegengeſetzten Satz gehabt, und der vorliegende ſich erſt ſpäter herausgebildet hätte. Noch Africanus verteidige den erſteren! (S. darüber und dagegen hier die Beilage I.)

Vielmehr glaube ich, daß unſer Satz ſchon in den zwölf Tafeln ſtand, und vermute, daß er griechiſchen Urſprunges iſt. Die Begründung dieſer Hypotheſe, welche hier den Zuſammenhang der Darſtellung zerreißen würde, enthält die Beilage II. Hier mögen nur die Reſultate der geſchichtlichen Unterſuchung kurz aufgeführt werden.

In der Lehre von der emtio venditio begegnen wir zwei Sätzen, die offenbar zuſammengehören, und andererſeits zum Syſteme nicht paſſen. Es ſind folgende: 1) „Periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit“ (§. 3. J. III, 23). 2) „Venditae vero (nämlich im Gegenſatze zur Schenkung u. ſ. w.) res et traditae [1]) non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit“ (§. 41. J. II, 1). Beide Sätze ſind rein poſitiver, ſingulärer Natur, ſtehen im modernen Rechte da wie Ueberreſte eines alten Rechtszuſtandes. Die Singularität des zweiten Satzes iſt viel weniger beſtritten, als die des erſten.

Freilich hat es nie an Schriftſtellern gefehlt, welche behaupteten:

---

[1]) Für die Wortſtellung „venditae res et traditae“ war nicht der oratoriſche Numerus entſcheidend, ſondern die Pointirung: „verkaufte Sachen, ſelbſt wenn (et) ſie ſchon trabirt ſind“. Hiefür ſpricht auch der vorhergehende Satz, an welchen der citirte als Ausnahme mit „vero“ angeknüpft iſt. —

auch jener Satz ergebe sich von selbst aus dem Rechtssystem; sie sind aber von Anderen, so von Schrader, Sell, Exner widerlegt worden, und insbesondere hat der letztgenannte Jurist (in „Rechtserwerb durch Tradition", Beil. II.) die Singularität des Satzes nachdrücklich behauptet (S. 343) und überzeugend dargetan. — Wir haben Belege dafür, daß auch die Römer dieselbe nicht verkannten (s. hier Beil. II.). — Es ist bekannt, daß dieser Satz in den zwölf Tafeln stand (§. 41. Inst. II, 1); es ist gewiß, daß er ganz ebenso in den Rechten vieler griechischer Staaten sich befand, und auf diese Uebereinstimmung deuten die Worte: „recte dicitur et iure gentium &c."; die Compilatoren haben diese Ueberlieferung („dicitur") mißverstanden und den Zusatz: „id est iure naturali" gemacht. — Dies, zusammengehalten mit den zwar oft bezweifelten, aber doch nicht ganz zurückzuweisenden Berichten alter Schriftsteller über die Abfassung der zwölf Tafeln,[2]) läßt es sehr glaublich erscheinen, daß der Satz aus dem griechischen Rechte in das Decemviralgesetz kam. Daß der andere Satz eine gleiche Geschichte habe, gleichen Ursprunges sei, scheint darum wahrscheinlich, weil beide einander wie Zwillinge ähnlich sehen. Denn auch dieser Satz ist ein singulärer, ja die classischen römischen Juristen haben sich auch hier die Singularität nicht verhehlt. Den Beleg für die erste Hälfte dieser Behauptung soll die ganze bisherige und nächstfolgende Darstellung liefern, die Belege für die andere Hälfte s. in der Beilage II. — Die beiden Sätze: „Obwol noch nicht traditt wurde, geht die Gefahr sofort auf den Käufer über" und: „Obwol schon zum perfecten Vertrage die Tradition hinzugetreten ist, soll das Eigentum doch noch nicht sogleich auf den Käufer übergehen," — sehen schon äußerlich wie Gegenstücke aus. Dieser äußerlichen Aehnlichkeit, entspricht die innere: beide singulären Sätze haben die Tendenz, den Verkäufer zu begünstigen; und daß in beiden eine gewisse Härte gegen den Geldschuldner (Käufer) liegt, paßt recht gut zum Geiste der Zwölf-Tafel-Gesetze. — Aber auch in einem ursächlichen Zusammenhang stehen diese Sätze. Die Hinausschiebung des Eigentumsüberganges geschah, um den Verkäufer zu begünstigen.

---

[2]) Vgl. F. Hofmann, Beiträge zur Kenntniß des griechischen Rechtes (Wien 1870), N. I.

Dieser Zweck wäre aber nicht erreicht worden, hätte man den Uebergang des periculum an den des dominum geknüpft; da hätte ja der Verkäufer unter der Verlängerung des periculum gelitten! Und dies war die erste Veranlassung, das Interesse an den wirtschaftlichen Schicksalen einer Sache von dem Eigentum der Sache zu trennen. Der Satz vom periculum stellt sich aber als ein singulärer (inconsequenter) dar, nicht weil er dem Satze: „casum sentit dominus," sondern weil er dem Wesen entgeltlicher Geschäfte und der Bedeutung der Tradition widerspricht, insoweit diese (nicht Form eines dinglichen Vertrages, sondern) Erfüllung einer Obligation ist. Dies wird durch spätere Ausführungen noch klarer werden. —

§. 10.

Die singuläre Natur des fraglichen römischen Satzes.

1) Alle (oben vorgeführten) Erklärungsversuche haben die Tendenz, die Singularität des Satzes zu negiren, indem sie zeigen wollen: teils, daß er in Uebereinstimmung sei mit allgemeinen im römischen Recht anerkannten Grundsätzen über das periculum, teils, daß er aus der Natur des römischen Kaufvertrages sich ergebe. Dabei hat Kuntze richtig herausgefunden, daß seine treffende Erklärung[1]) so lange nicht als Verteidigung werde gelten können, so lange man den Kauf so auffaßt, wie bisher fast alle Schriftsteller; wonach nämlich der Verkäufer zunächst verpflichtet sei, ad tradendam rem etc.[2]) Da er nun einen dinglichen Vertrag nicht behaupten konnte, so sucht er mit großem Scharfsinn auszuführen: der Verkäufer erfülle seine Hauptverbindlichkeit immer im Momente der Perfection des Vertrages selbst.[3]) — Eine Obligation, die sich von selbst erfüllt, wäre freilich eine bequeme Sache! — Diese Auffassung ist aber

---

[1]) Nur enthält diese Erklärung bloß die halbe Wahrheit und bedarf der Ergänzung durch jene historische.

[2]) Hieraus erhellt zugleich, wie verkehrt Endemann's Bemerkung über jene Kanonisten ist, welche die Tradition für den entscheidenden Zeitpunkt ansahen. (H. R. 533.)

[3]) Diese Auffassung verteidigt auch Windscheid (s. oben).

eine offenbare Spitzfindigkeit, da sie ebensosehr der Natur des Kaufvertrages, als der römischen Behandlung desselben widerspricht. Die herrschende Ansicht, wonach die prinzipale Verbindlichkeit des Verkäufers auf Uebergabe der Sache, die des Käufers auf Bezahlung des Preises geht, entspricht so sehr der römischen Behandlung des Kaufvertrages, daß sie keiner Stützung durch einzelne Stellen bedarf. Ueberdies spricht Ulpian (im 32. Buch ad Edictum) mit klaren Worten dieselbe Auffassung aus, welche bei uns die herrschende ist: „Et in primis sciendum est, in hoc iudicio (= ex emto actione) id ... deduci, quod praestari convenit ... (l. 11. §. 1. D. 19, 1.) Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere ... ... Veniunt autem in hoc iudicium (= ex vendito actionem) ... in primis pretium ... (l. 13. §. 20. D. 19, 1).

2) Fragen die Verteidiger jenes Satzes: „Welchen Einfluß soll der zufällige Umstand, ob schon tradirt wurde oder noch nicht, auf die Gefahr haben und warum?" Darauf kommen z. B. Puchta's Bemerkungen heraus (§. 302). Dagegen ist zu bedenken:

a) Die Tradition ist de lege ferenda kein gleichgültiges Moment: nach der Tradition ist der Käufer Eigentümer, kann mit voller Beruhigung die Sache veräußern; — nun ist er in die Lage gesetzt, nach bestem Wissen und Können alles zu tun, um die Sache vor Schaden zu bewahren; — die Annahme dieses Momentes als der Grenze gewährt große Vorteile bezüglich der „Practicabilität der Rechtssätze" ....

b) Die Tradition ist auch de lege lata[4]) kein irrelevantes Moment: „Es wurde tradirt" heißt: der Verkäufer hat seine prinzipale Verpflichtung erfüllt; nun versteht es sich von selbst, daß auch der Käufer erfüllen muß; „es wurde nicht tradirt und es kann nicht tradirt werden" heißt: der Verkäufer kann die schuldige Leistung nicht prästiren und kann nun auch keinen Entgelt verlangen; dieses widerspräche ja dem Begriffe entgeltlicher Geschäfte. Wie kann bei einer gegenseitigen Obligation die Erfüllung von einer Seite als ein zufälliges, gleichgültiges Moment bezeichnet werden?! —

---

[4]) D. h. nach den Prinzipien des römischen Rechtes, — abgesehen natürlich von dem fraglichen singulären Satz.

Daß gleichwol ausgezeichnete Gelehrte dies übersehen, erklärt sich wahrscheinlich so: Als Wächter feststellte, daß der Satz: „Casum sentit dominus“ als Prinzip völlig unbrauchbar sei, machte man die übereilte Folgerung: ‚Die Tradition schien den Aelteren nur darum entscheidend, weil sie meinten: „casum sentit dominus“ und weil „non nudis pactis, sed traditionibus dominia transferuntur.“ Seitdem wir wissen, daß das periculum unabhängig ist vom dominium, was soll uns noch die Tradition?‘ — Dabei übersah man, daß die Tradition ein Janusgesicht hat: daß sie einerseits solutio obligationis venditoris, andererseits fundamentum dominii emtoris sei; in letzterer Eigenschaft mag sie hier gleichgültig sein, in ersterer ist sie jedenfalls entscheidend. —

c) Nichts hingegen würde es beweisen, wenn für diese Auffassung sich kein Quellenbeleg beibringen ließe; das römische Recht hat ja eben beim Kaufe eine singuläre Normirung. Und doch dürften die römischen Juristen den Umstand, ob schon trabirt sei oder noch nicht, vom theoretischen Standpunkte keineswegs für gleichgültig angesehen haben. Labeo entscheidet in der l. 50. D. de act. emt. et. vend. folgenden Fall: der Verkäufer hat noch nicht trabirt, der Käufer hat noch nicht gezahlt. Hinterher ereignet es sich, daß der Käufer „alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset“, und dies ereignet sich eben noch „antequam res ei tradatur“. Labeo sagt: „bona fides non patitur, ut .... venditor tradere compelleretur et re sua careret.“ Wie aber dann, wenn die Sache schon trabirt war und nachmals des Käufers Schuld in der angedeuteten Weise erlischt? Labeo sagt: In solchem Falle verliert freilich der Verkäufer seine Sache (dabei deutet er auf die exc°. rei vend. et trad.). Solches Gewicht legt er auf den Umstand, ob schon trabirt war oder nicht! Und der Fall ist ein genaues Seitenstück zu dem Falle, wo des Verkäufers Schuld casuell erlischt. — S. ferner l. 5. §. 2. D. XVIII, 5 (Julian.): „Mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, utpote quum venditor liberetur, et emtori homo pereat.“ Diese Stelle sagt doch deutlich genug: an sich würde der Tod des Sclaven den Käufer erst dann treffen, „si traditus fuisset“; aber

kraft singulären Rechtssatzes tritt dieselbe Rechtswirkung („perinde ... ac si") schon in einem früheren Momente ein.

3) Wird behauptet: Perfecta emtione entstehen zwei selbständige Obligationsgruppen. Daß des Verkäufers Schuld erlischt, hat keinen Einfluß auf die Schuld des Käufers [Wächter, Reatz[5])]. Die Ansicht, daß die obligatio ex emto und die obligatio ex vendito bloß in einem genetischen Zusammenhange stünden, gleich nach der Entstehung aber von einander völlig unabhängig seien, in ihren Schicksalen einander nicht beeinflussen, widerspricht der Natur entgeltlicher Geschäfte (s. oben) und speziell der des Kaufes. Der Käufer will perfecta emtione eine gewisse Summe schulden, aber nicht schlechthin, wie etwa aus einem Wechsel;[6]) der Verkäufer will eine Sache schulden, aber nicht wie aus einem Schenkungsversprechen; der Eine will die Summe nur als Aequivalent für die Sache schulden, der Andere will die Sache nur um diesen Preis herzugeben verbunden sein. — Die Auffassung, wonach die obligatio ex emto und die obligatio ex vendito sofort nach ihrer Entstehung ihren Ursprung verläugnen, ist weder eine natürliche, noch ist sie die römische. Jene Forderung des Verkäufers beeinflußt die des Käufers in der Quantität (ädilitische Klagen!), und nach der Seite der Existenz hin sollten die beiden Forderungen von einander völlig unabhängig sein? Das Wesen des „Entgeltes", des „Aequivalentes", hat in den ädilitischen Klagen praktischen Ausdruck erhalten. Jene Auffassung wird ferner widerlegt durch die vorher erwähnte Entscheidung des Labeo in l. 50. D. 19, 1. Diese Stelle lehrt, daß die genannten Obligationen in ihrem Bestande einander bedingen; und daß unser Satz wirklich ein singulärer ist; denn hätten die Römer nicht ebenso gut sagen können, daß, nachdem der Verkäufer debere desiit, „bona fides non patitur, ut emtor solvere compelleretur et pecunia sua careret" (s. l. 50. cit.)?

---

[5]) Diese Auffassung, meint Reatz, sei die römische, fügt aber hinzu: sie entspreche nicht unserem Rechtsbewußtsein.

[6]) ... „thi Kjöberen har .... kun forpligtet sig at betale en bestemt Kjöbesum under Forudsattning af, at den omhandlede Gjenstand overdrages ham ...." Fr. Hallager, Den Norske Obligationsret. I. Bd., S. 198 (2. Aufl. Christiania 1859).

oder etwa so: „neque bonae fidei contractus patitur, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor peteret“ (vgl. l. 11. §. 18. D. 19, 1)?

Vgl. auch die vielbesprochene l. 13. C. de contr. emt. (IV. 38): „In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.“ Daraus, daß die Kaufbedingnisse in das Belieben Eines der beiden Contrahenten (vendentis vel ementis) gelegt sind, folgt nur, daß dieser Eine necessitate non adstringitur; daß aber auch der Andere an das Geschäft nicht gebunden sein soll, daß die obligatio nulla est, läßt sich nur aus der correlaten Natur der beiden Obligationen erklären.

§. 11.

Das germanische Prinzip.

Auch das ist wol schon der Kritik jener römischen Rechtsbestimmung entgegengehalten worden: Die Römer hätten gewiß gute Gründe gehabt, warum sie jenen Rechtssatz aufstellten. Brauchen aber solche Gründe für alle Zeiten und Zustände entscheidend zu sein? — Und gewiß haben auch die Germanen nicht ohne Grund den entgegengesetzten Rechtssatz aufgestellt! —

Das Vorhandensein eines solchen germanischen Rechtsprinzips war nicht immer bekannt, und heute ist es nicht unbestritten. Noch Maurenbrecher hat geglaubt, das deutsche Recht habe den nämlichen Satz wie das römische. Dies erklärt sich einigermassen aus dem Umstande, daß der römische Satz frühzeitig in deutsche Rechtsaufzeichnungen und Gesetze Eingang fand. Nach Stobbe's Untersuchungen[1]) ist dies der Fall beim Schwabenspiegel (229), beim Brünner Schöffenbuch (286); ferner in der frankfurter Reformation II. 2. §. 7., im Solmser Landrecht X., in der nassau-katzenelnbogner Landrechts-Ordnung, I. 2. §. 5—8, im churpfälzischen Landrecht Titel 8. Zu diesen von Stobbe beigebrachten Quellen

[1]) „Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechtes.“

sind noch folgende hinzuzufügen, die ebenfalls den römischen Satz enthalten: das eiderstedter Landrecht (Tit. III. A. 24), das ostfriesische Landrecht (II. Buch, Cap. 280) und wie es scheint auch das esthländische Landrecht. Niemand aber, der mit dem Einfluß in Italien creirter Doctoren auf die deutsche Gesetzgebung bekannt ist, wird sich hiedurch irreführen lassen. Wenn z. B. das ostfriesische Landrecht den Satz hat: „Dat dejenne, de dat gekofft hefft, sall den Schaden hebben und nicht der Verkoeper, soverne de Koeper nicht kan bewysen, dat de Verkoeper by dat Guit nicht so truwlich gehandelt hefft, alse by sin egen" —, so kann dies Niemanden wundern; denn in der Vorrede versichert uns Edzard Grave tho Ost-Friesland, daß er zwar das alte Volksrecht nicht verachte, aber es doch habe zweck- und zeitgemäß umändern und verbessern lassen müssen, „welck Wy alles gedaen hebben na Exempel Justiniani des rechtverdigen Keysers". —

Bewiesen zu haben, daß nicht dieser, sondern der entgegengesetzte Satz ein Product germanischen Rechtsbewußtseins ist, bleibt ein nicht zu unterschätzendes Verdienst Stobbe's. „Nach deutschem Recht trägt der Käufer die Gefahr erst mit dem Augenblick der Tradition" (a. a. O., S. 277). Am schärfsten hat den Satz das lübische Recht[2]) ausgesprochen: „So wor einer etwes vorkofft unde dem gude schaden tho queme, den schaden schal wheren dejenne, de dat gudt vorkofft hefft" (in der Abt. IV. n. XCIX., bei Hach, S. 588). So sagt auch das Wiener Stadtrecht (S. 177) bezüglich Mobilien[3]): „den schaden mues der hingeber haben". Nur im Falle der mora trifft der Zufall den Käufer, den nach der Tradition jede zufällige Verschlechterung wie Verbesserung betrifft. Vgl. noch Magdeburger Fragen, I. 6. d. 6... Diesen Stellen sind noch folgende hinzuzufügen: das dithmarsche Landrecht, A. 76., das husumer Stadtrecht, Teil III., Tit. 37. Wenigstens für unbewegliche Sachen

---

[2]) Daß anno 1661 vom lübischen Seegerichte der römische Satz auf den Kauf von Schiffen angewendet wurde, bezeugt Joh. Marquard, de jure merc. et commerc. (Frkfrt. 1662), p. 281, 35. Uebrigens spricht er sich unklar aus und fügt hinzu: „Secus tamen in foro mercatorum..."

[3]) Für Immobilien wird dasselbe ausgesprochen im Prager Stadtrechte.

hat dieselbe Bestimmung das friedstädter Landrecht (Tl. II., Sect. 2., Tit. 8., Art. 11). Ueberdies gilt an den meisten Orten Schleswigs das germanische Princip. (S. Dr. Christ. Paulsen, Lehrb. des Privatr. in den Herzogtümern Schleswig und Holstein, 1834, S. 162; vgl. Tönsen, Allg. pos. R., Kiel 1828, S. 529.) Daß nach einem oldenburger Gewohnheitsrechte noch heutzutage beim Viehverkauf die Gefahr erst mit der Tradition auf den Käufer übergeht, wird berichtet im Archiv für oldenburgisches Recht II., S. 245—254. — Das deutsche Prinzip gilt auch im livländischen Landrechte und im Stadtrechte von Riga[4]).

Dasselbe Princip finden wir bei den skandinavischen Stämmen: s. Hurtigkarl, Den Danske og Norske Ret. (D. II. B. 2., S. 91) u. Fr. Hallager: Den norske Obligationsret (I. B., §. 57; S. 197—205 in der 2. Aufl., Christiania 1859).

Die germanischen Völker konnten gar nicht zu der Vorstellung des sofortigen Vermögensüberganges kommen. Von Stobbe nämlich ist die Vermutung ausgesprochen worden, daß unsere Regel damit zusammenhänge, daß das deutsche Recht den Kauf erst mit der Uebergabe der Sache für absolut bindend ansah. Vergleicht man die älteren Rechte verwandter Völker, so kann man kaum noch zweifeln, daß es sich im deutschen Rechte wirklich so verhalten habe.[5]) Als später den

---

[4]) F. G. v. Bunge, „Das liv- und esthländische Privatr." Dorpat 1838, I. Bd., S. 381. „Das livländische Landrecht, desgleichen das rigische und das lübische Stadtrecht haben die eigentümlichen Grundsätze des älteren deutschen Rechtes vom Tragen der Gefahr in Vertragsverhältnissen meist beibehalten." Für den Kauf ist es da nicht ausdrücklich bezeugt, doch ist der Satz so allgemein hingestellt, daß der umsichtige Verfasser eine so wichtige Ausnahme nicht übergangen haben kann. Darauf weist auch die Gleichstellung mit dem lübischen Rechte hin. („Das esthländische Landrecht hingegen folgt ganz den Grundsätzen des römischen Rechtes." S. 382.)

[5]) Ueber altfranzösisches Recht s. Warnkönig, französ. Rechtsgeschichte, II., S. 516, 563; über das ältere schwedische Recht s. Joh. O. Stiernhöök, de jure Suenum et Gothorum vetusto. (Holmiae 1682). (S. 230 ff. u. a. anb. O. — insbesondere über das Recht der schwedischen „Westgothen", S. 232). Vgl. damit das anno 1734 publizirte schwedische Gesetzbuch im Titel de jure mercat., cap. I., §. 1, u. als historisches „arg. a contr." im Norske lov Chri-

germanischen Stämmen die Gelegenheit fehlzugreifen sich öffnete, d. h. als der Kaufcontract nudo consensu sofort bindend geschlossen wurde, waren sie an das richtige Resultat gewöhnt.

Kein geringeres Gewicht, als auf die geschriebenen Beweise des germanischen Rechtssatzes ist darauf zu legen, daß derselbe auch noch heute im allgemeinen Bewußtsein des deutschen Volkes lebt. Jeder kann leicht die Richtigkeit von Stobbe's Bemerkung erproben: „Es ist eine so fest im deutschen Volke wurzelnde Auffassung, daß jeder Nicht-Jurist noch heute ganz so entscheidet, wie seine Vorfahren vor einem Jahrtausend" (S. 279). Haben doch die meisten Juristen früherer Zeiten den römischen Satz als einen möglichst einzuschränkenden, schwer erklärlichen bezeichnet, hat sogar Cujacius es anfänglich gar nicht glauben wollen, daß das römische Recht jenen Satz wirklich habe.[6]) Und auch später, als er seinen Irrtum einsah, verteidigte er noch immer die andere Ansicht als die billigere (Recitat. in libr. IV. prior. Cod. ad IV, 48)[7]). Selbst die Beschäftigung mit dem rö-

---

stian IV. von 1604 im Kjöbeboll c. XIII. den ersten Satz. Eine Spur ist vielleicht auch schon in folgender Stelle aus der lex Romana Burgundionum (Tit. XXXV. de venditione) zu finden: „Venditionem vero ex hoc maxime jus firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta." Es ist nicht zu glauben, daß hier mit vollem Bewußtsein der Tragweite des Satzes das römische Recht abgeändert werden sollte; — dagegen spricht das abschwächende, unentschiedene: „maxime" —; aber beachtenswert ist es jedenfalls, daß in einem so kurzen Titel über venditio gerade dieser Satz vorkommt; er muß also wol mit gewissen tiefgewurzelten Vorstellungen der Redactoren in Zusammenhang gestanden sein. — Ferner finden sich Spuren im lübischen R., s. Bunge, a. a. O., I. Bd., S. 388. — Die „Keuren der Stadt Leyden" erlauben dem Käufer einer Immobilie (van huysen, erven of andere onroerende goederen) gegen Erlegung des 20sten Pfennigs des Kaufschillings vom Kaufe abzugehen; außer es wäre der Contract gerichtlich insinuirt, oder der Käufer wäre vom Verkäufer „in't ghebruyck van't verkochte dadelijk gestelt ...., alle welcke verkoopinge bondigh ende van waerde sullen zijn, sonder dat yemant daer van sal mogen afgaen". (Keure CXII. in der Redaction von 1657. Die „Keuren" sind ursprünglich von 1545, revidirt 1583, nochmals 1657; die Stelle steht in der Ausgabe von 1658, auf S. 184).

[6]) Tractat. ad Afric. VIII. ad l. 33. D. locat. und Obs. XXIII. 29. (III. 682.)

[7]) In der Stelle ad Afr. sagt er: „Et vero aequius est, ut qui rem

mischen Rechte konnte also bei ihm das germanische Bewußtsein nicht ersticken. Statt einer ganzen Reihe sei neben jenem ruhmreichen Namen nur noch der des Hugo Grotius genannt.[8]) —

Schon aus dem hier Gesagten erhellt, daß jener aus dem altrömischen Rechte stammende Satz nicht dem Weltrechte angehört. Richtig sagte der alte Schilter: „. . . esse singulare quid juris Romani . . .“ das entgegengesetzte Princip sei „juris naturae ac gentium“. —

§. 12.

Kritik des römischen Satzes.

Wenn im Folgenden ausgeführt wird, daß der römische Satz vom periculum beim Kaufe unserem Rechtsbewußtsein widerspricht, so soll damit kein Tadel gegen das römische Recht ausgesprochen werden. Auch von diesem Satze gilt, was Exner (Tradition, S. 343) von dem Seitenstück sagt: Solche „Singularitäten . . . mögen geboten sein durch gewisse wirthschaftliche und rechtliche Zustände einer gewissen Zeit; aber von der juristischen Logik sind sie, so zu sagen, nur geduldet, die „naturalis ratio“ hat mit ihnen nichts gemein“. — Sollte hier in der Widerlegung fremder Ansichten nicht überall ein polemischer Ton vermieden sein, so gilt doch dieser weder dem römischen Recht, noch dessen besonnenen Interpreten, sondern einzelnen Schriftstellern, welche alles, was im corpus iuris steht, für selbstverständlich und naturnotwendig ausgeben.

Was zu Gunsten des römischen Satzes, d. h. für seine Beibehaltung im modernen Rechte, vorgebracht wurde, soll nun übersichtlich dargestellt und geprüft werden.

1) Beruft man sich auf das Rechtsbewußtsein, welches Jedem sage: „die Sache gehörte beim Untergange nicht mehr dem Verkäufer,

---

non est nactus emptor pretium non solvat“ (I., col. 1479 sq. der neapol. Ausgabe von 1722). Und zu §. 3. Inst. III. 23 macht er die Bemerkung: „hoc ita summo jure, non ex aequitate“ (I., col. 213).

[8]) De iure belli et pacis, lib. II., cap. 12, §. 15. — Auch bei den Kanonisten findet sich öfter der Satz, daß die Gefahr erst mit der Tradition auf den Käufer übergehe.

sondern dem Käufer." Diesem Satze liegt nichts weiter zu Grunde, als das jedem Laien unzweifelhaft scheinende: „casum sentit dominus." Denn, daß das Eigentum nicht ohne weiters perfecta emtione übergehe, wissen die Wenigsten. Die Beobachtung kann Jeder machen: wo ein Laie den römischen Satz zur Anwendung bringt, da handelte es sich um einen inter praesentes geschlossenen Spezieskauf, bei welchem oft recht schwer zu sagen ist, ob nicht die Tradition, die ja nicht mit der Hand zu geschehen braucht, bereits vollzogen und das „zufällige noch beim Verkäufer Belassen" eben ein depositum war. —

2) Sagt man: „Der Käufer wird nicht unbillig behandelt, ihm gebührt ja auch das commodum." [1]) Dies sagt nur, daß das commodum rei und das periculum rei stets derselben Partei zukommen müssen, nicht aber: welcher?

3) „Wie könnte man dem Verkäufer die custodia aufbürden wollen bei einer andern Verteilung des periculum?" [2]) Antwort: a) Einen notwendigen Zusammenhang zwischen Pflicht zur custodia und Nichtragung des periculum zugegeben, — könnte man ja bei anderer Normirung des periculum auch die custodia anders normiren. b) Ein solcher Zusammenhang ist aber nicht zuzugeben. Die Pflicht zur custodia erklärt sich einfach daraus, daß der Verkäufer ad tradendam rem obligirt ist und alles tun soll, um seiner Verpflichtung genügen zu können. Daß er zu größerer Sorgfalt verpflichtet ist, als der Depositar, erklärt sich daraus, daß dieser eine Gefälligkeit erweist, das Kaufgeschäft aber als in beiderseitigem Interesse abgeschlossen anzusehen ist. (Vgl. l. 3. D. h. t.) Daß die custodia mit dem periculum nichts zu thun hat, geht auch aus l. 1. §. 1. und l. 2. §. 1. D. XVIII, 6 hervor.

4) Wächter (Arch. f. civ. Praxis XV., S. 197, 198) sagt: „Was ... die Härte und Unbilligkeit betrifft, so muß, wenn ein schadender Zufall eintritt, dies für die eine oder andere Partei hart

---

[1]) Aehnlich Ude (Arch. f. civ. Pr. XLVIII, S. 398).

[2]) Manche ältere Schriftsteller, welche die Singularität des Satzes anerkennen, erklären ihn, unter Beziehung auf die custodia, aus einer römischen Billigkeitserwägung. So z. B. Zirkler, dem Glück (XVII., S. 132) beistimmt.

sein, eine von beiden muß darunter leiden. Es würde daher reine Willkür sein, wenn wir gegen den Einen auf Kosten des Andern mitleidig sein wollten." (Diesen Spieß kann man offenbar gegen beide Ansichten kehren!) .... „Uebrigens wäre, wenn einmal von Härte und Unbilligkeit die Rede ist, diese weit größer gegen den Promittenten, wenn wir diesem das Tragen des Zufalls aufbürden wollten, wenn also z. B. der Verkäufer, falls die Sache vor der Tradition zu Grunde ginge, den Preis nicht verlangen könnte, er somit den Wert ohne allen Ersatz verlieren würde. Denn er könnte namentlich einwenden: dadurch, daß der Käufer mir die Sache abkaufte, bin ich in meiner Disposition über die Sache nun gebunden. Der Käufer kann nun verlangen, daß ich sie für ihn liegen lasse. Tritt nachher ein schadender Zufall an der Sache ein, so würde dieser Zufall, wenn ich ihn tragen sollte, bloß dadurch mich betreffen, weil ich nicht mehr vorher über die Sache anderweitig disponiren konnte und so ist es bloß der Vertrag und das mich bindende Recht des Käufers, wodurch ich dem Zufall ausgesetzt wurde. — Wäre es nun nicht weit härter, dem Verkäufer den Schaden aufzubürden, dem die Hände zur Abwendung des Schadens gebunden waren, als dem Käufer, zu dessen Bestem jenem die Hände gebunden waren?" [3]) — Besseres hat in der Tat keiner der früheren und keiner der späteren Verteidiger zu Gunsten des römischen Satzes vorgebracht. Aber Wächter hat damit nur bewiesen, daß der Satz nicht absolut verwerflich ist, keineswegs aber, daß das Gegenteil ungerecht wäre. In diesem Sinne muß gegen die obigen Ausführungen bemerkt werden [4]): a) Jeder ausgeführte Entschluß bringt die Gefahr mit sich, daß man nun das Geschehene nicht ungeschehen machen kann, daß man also nicht so frei ist, als im Stadium der Ueberlegung. Solche Gefahr bringt der perfecte Kaufvertrag für beide Parteien mit sich: der Verkäufer ist nun gebunden; er kann nicht mehr einen bessern Käufer für die Sache sich suchen, ohne der Strafe der lex Cornelia oder dem Spotte zu verfallen, der

[3]) Aus ähnlichen Billigkeitserwägungen erklärt den römischen Satz Regelsberger (im Arch. f. civ. Pr. XLIX., S. 203).

[4]) Gegen Wächter auch Hepp, Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechtes, S. 41.

den „ἄκαιρος“ des Theophrastus trifft.[5]) Ebenso ist der Käufer an das Geschäft gebunden. Eine Stunde später vielleicht erfährt er, daß er mit dem halben Gelde sein Bedürfniß hätte anderswie befriedigen können. b) Will er das periculum nicht tragen, so ist ihm ja bei der gegenteiligen Normirung die Möglichkeit nicht benommen, durch ausdrückliche Beredung es abzuwälzen. Namentlich beim Abschluß inter praesentes wird es ihm sehr leicht sein, das Geschäft so zu perficiren, daß fortan nur ein depositum vorliegt. c) Wächter stützt seine Ansicht mit einer Stelle aus Ulpian (l. 5. §. 3, 4. D. de condict. c. d. c. n. s. XII, 4). In unserer Frage aber kann dem Urteile des Römers keine Autorität zukommen. Aber wenn wir über diese Competenzfrage hinwegsehen, so würde aus der Analogie jener Stelle ein ganz anderes Resultat sich ergeben, nämlich dieses: 1) der Verkäufer hat einen Anspruch auf das pretium, wenn er Absicht und Gelegenheit anderweitig zu verkaufen, beweisen würde; 2) stünde ihm ein gleicher Anspruch zu, wenn er beweisen würde, daß er aus Anlaß des Verkaufes (sei es auf ausdrücklichen Wunsch des Käufers, oder in dessen offenbarem Interesse) die Sache in einer von der bisherigen abweichenden Art verwahrt und daß gerade dies den casuellen Untergang herbeigeführt habe. Gewiß aber wird kein Praktiker einer solchen Normirung das Wort reden! —

5) Ihering (Jahrb. f. Dogm., IV., S. 398, 399) beruft sich auf die „Praktikabilität des Rechtssatzes“; gerade diese Rücksicht aber spricht für das germanische Prinzip, wie bei der Erörterung der Detailfragen an vielen Orten gezeigt werden wird.

6) Koch (Recht der Forderungen, I. Bd.) meint: Die Bestimmung beim Kaufe sei eine selbstverständliche Folge der Rechtswahrheit, „daß jeder sein eigenes Unglück zu tragen hat. Wer anders als er selbst soll das ihn treffende Unglück tragen!“ — Als ob das Unglück nicht eben erst dadurch zu seinem Unglücke würde, daß die Gesetze ihm das periculum sofort auflasten! —

7) Ebenso meint Fuchs (Arch. f. civ. Pr. XXXIV., S. 226, 227): Die Billigkeit spreche für den Schuldner. Als ob der

---

[5]) „δεινὸς δὲ καὶ προσάγειν ὠνητὴν πλείω διδόντα ἤδη πεπρακότι.“ In den: „ἠθικοὶ χαρακτῆρες“ in dem Capitel „περὶ ἀκαιρίας.“

Käufer nicht auch wieder Schuldner wäre! „Er hätte (!) gerne (!) seine Verbindlichkeit erfüllt, wenn ihn daran nicht ein Ereigniß gehindert hätte, welches er bei den Grenzen seiner Einsicht und Macht nicht voraussehen und abwenden konnte." Dies erklärt des Verkäufers Befreiung von der Interesseleistung, nicht aber seinen Anspruch auf das pretium.

8) Keller (Pand. §. 329) beruft sich auf das Rechtsbewußtsein der Laien.[6]) Aber darauf könnte man sich mit besserem Scheine zur Rechtfertigung des französischen Satzes (C. civ. a. 1583) berufen. (Vgl. für denselben auch das bei Zeiller, Natürl. Privatr. §. 109 Gesagte.) Gegen diesen aber hat der Jurist erhebliche Bedenken, vgl. Scheidlein, Kaufvertrag, §. 2. Anm., Zeiller, a. a. O., Note ***) und Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 308 ff.

9) Goose (Jahrb. f. Dogm. IX., S. 203 ff.) meint: die Unhaltbarkeit der germanischen Entscheidung sei unverkennbar: „auch wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zu zahlen brauchte, wäre er vom casus betroffen, ihm galt ja die gekaufte Sache mehr als das Geld; andererseits wäre der Verkäufer nicht entschädigt: ihm galt ja das Geld mehr als die Sache. Die andere Entscheidung wäre der Gerechtigkeit des heiligen Crispinus sehr ähnlich, ja noch schlimmer: man schädigt beide und entschädigt keinen." M. a. W.: der Käufer würde jedenfalls (?) durch die Nichterfüllung zu Schaden kommen; halfen wir ihm auch noch den anderen Schaden auf, damit wenigstens Einer ganz frei von Schaden bleibe. — Hierauf ernsthaft zu entgegnen, ist nicht gut möglich.

§. 13.

Dies ist für den römischen Satz beigebracht worden. Doch haben sich zu allen Zeiten, wie schon erwähnt, französische und deutsche Schriftsteller gegen ihn ausgesprochen. Das germanische Rechtsgefühl fordert, daß, wenn bei gegenseitigen Verträgen der eine Teil zufällig nicht leisten kann, der andere zwar keinen Anspruch gegen ihn

---

[6]) Vgl. dagegen auch das hier unter 1) Ausgeführte.

habe, aber auch seinerseits nicht zu leisten brauche.[1]) Hat er aber geleistet und wird die Gegenleistung unmöglich, so soll ihm die Rückforderung des geleisteten, in unserem Falle also des bezahlten Kaufgeldes zustehen; gleichviel übrigens ob man die Klage eine actio emti oder eine condictio nennen will.[2]) Statt vieler Citate zu Gunsten des germanischen Satzes genügt es, einige Stellen aus den Motiven zum hessischen Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches herzusetzen: „Die größeren deutschen Gesetzgebungen ... gehn von dem im einheimischen Rechte wurzelnden Prinzip aus, daß mit dem casuellen Untergang des Obligations-Objectes, bez. mit dem zufälligen Eintritt der Unmöglichkeit der obligationsmäßigen Leistung, das Obligationsverhältniß sich auflöse, ... Verkäufer und Käufer wechselseitig von ihrer Verpflichtung entbunden werden. Und diesem deutschrechtlichen Prinzip ist auch der Entwurf beigetreten, weil es ... der Natur der Sache und der Billigkeit entspricht und zu einem praktischen Resultate führt." ... „Auch kann man nicht einwenden" (folgen die Einwendungen Wächters). „Denn an sich steht dem Verkäufer nichts im Wege, das Kaufobject alsbald nach Perfection des Vertrages zu übergeben.... Hat aber der Verkäufer sich im Interesse des Käufers verpflichtet, das Kaufobject in Händen zu behalten, so ist es lediglich seine Sache, sich bei der Uebernahme dieser Verpflichtung zugleich gegen die Uebernahme der Gefahr zu wahren."

Mit der Tradition die Gefahr übergehen zu lassen, dafür spricht auch die praktische Erwägung, daß der Verkäufer dann ein stärkeres Compelle hat, alle Sorgfalt anzuwenden, damit ihm die Erfüllung des Vertrages nicht unmöglich werde. Auch ist es sehr be-

---

[1]) Der Käufer hat sich verpflichtet: „die Summe x gegen die Sache y hinzugeben." Dies kann nicht mehr geschehen, sobald die Sache y zu Grunde gegangen ist. Das einheitlich zu denkende obligatorische Verhältniß wird durch den casuellen Untergang auch nur eines der umzutauschenden Güter aufgelöst. — Es liegt auf der Hand, daß der Käufer zu seiner Vertheidigung die exc°. non adimpleti contractus weder nötig hat, noch sich ihrer bedienen könnte, da diese nur den Sinn hat: Beklagter brauche noch nicht zu erfüllen, da auch Kläger noch nicht erfüllt habe und nicht erfüllen wolle (vgl. auch R. W. Etzdorf, de periculo rei vend. Diss. inaug. Halis. 1868; §. 3).

[2]) Vgl. l. 16. D. de condict. c. d. c. n. s. (XII, 4).

denklich, den Käufer die Gefahr einer Sache tragen zu lassen, die er gegen Gefahren zu schützen nicht vermag; während die Sache beim Verkäufer liegt, der unter Umständen sogar ein Interesse an ihrem Untergang haben kann.[3]) — Ueberdies: welche schwierigen Beweise, wenn ein Streit über die casuelle Natur des Untergangs, oder der Deteriorationen oder über die Herausgabe der commoda entsteht! — Auch die „Motive" betonen es: die römische Bestimmung sei „eine Quelle difficiler Liquidationsprocesse" und es werde die „Schwierigkeit der letzteren dadurch noch gesteigert, ... daß das Kaufsobject vor der Uebergabe untergeht und die Thatsache bestritten wird, ob der Untergang durch Zufall oder durch Schuld des Verkäufers herbeigeführt worden sei. Alle diese Rechtsverwicklungen dagegen werden nach dem deutschrechtlichen Prinzip vermieden."[4])

§. 14.

Legislative Erwägungen.

Aus der bisherigen Untersuchung ergibt sich Folgendes: 1) Der Satz, daß nach geschlossenem Kaufvertrage jedenfalls die Gefahr der gekauften Sache sofort auf den Käufer übergehe, hat keine juristische Notwendigkeit für sich; 2) dieser Satz ist auch nicht eine Consequenz des römischen Obligationenrechtes, sondern er ist ein singulärer Rest altrömischen Rechtes; 3) er widerspricht dem modernen Rechtsbewußtsein; 4) die germanische und skandinavische Rechtsgeschichte weist mit auffallender Uebereinstimmung ein entgegengesetztes Prinzip auf.

Ihering[1]) hat treffend bemerkt: „Die Stärke der römischen, die Schwäche der germanischen Jurisprudenz liegt in der Ausbildung

---

[3]) Auch Zeiller, Comment. zum österr. a. b. G. B., III. Bd., 1. Abt., S. 343 führt zu Gunsten der entgegengesetzten Bestimmung an: „Die Haftung des Besitzers spornt ihn um so mehr an, für die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen."

[4]) Hierher gehört auch, was gegen den römischen Satz gesagt wurde von Stobbe (zur Geschichte des deutschen Vertragsrechtes, S. 278, Note 3), und von Reatz (in Linde's Ztschrft. f. Civ. R. u. Pr. R., XV. Bd., S. 351 ff.).

[1]) Geist des röm. R. II., 1. Abt., §. 29, Note 140.

des centralen Moments." . . . „Der wissenschaftlichen Erforschung des deutschen Rechts steht gewiß noch eine große Ausbeute an „centralen" Gesichtspunkten bevor, an latenten höheren Rechtsprincipien, die in den einzelnen Instituten sich verwirklicht haben, für die aber noch die rechte Formel nicht gefunden ist. Mit jeder solchen neuen Entdeckung wird die Kraft des deutschen Rechts sich verdoppeln und wird ein Stück des römischen Rechtes von uns abfallen." Wenn nicht alle Zeichen trügen, so wird die Wahrheit dieses tiefsinnigen und beherzigenswerten Ausspruches in unserer Materie sich mehr und mehr bestätigen.

Um so mehr ist dies zu erwarten, als hier einem unbezweifelbaren germanischen Prinzip, nicht etwa ein römisches Prinzip entgegensteht, sondern ein unserem Rechtsbewußtsein wiederstrebender singulärer römischer Satz.

Dem germanischen Prinzip diesfalls den Sieg zu wünschen, liegt meines Erachtens nicht außerhalb der Consequenz einer anerkennenden geschichtlichen Betrachtung des römischen Rechtes.

In der Geschichte des römischen Rechtes haben wir drei Stadien zu unterscheiden: 1) das der nationalen Entwicklung, 2) den Entnationalisirungsproceß, äußerlich abgeschlossen durch Justinian und 3) den Nationalisirungsproceß im Mittelalter (die sogenannte Reception).

Der Läuterungs- und Verallgemeinerungsproceß, den das römische Recht in Jahrhunderte langer Prätorenpraxis, im steten Contacte mit den Rechten der Mittelmeeranwohnenden Völker durchgemacht hatte, gab ihm jenen kosmopolitischen Charakter, der seine Stärke war. Enthielte das Corpus juris starres nationales römisches Recht, nie hätte es einen so großen Teil Europas erobert. — Aber völlig durchgemacht war jener Prozeß zur Zeit der Justinianischen Codification keineswegs. Ein völlig entnationalisirtes Recht kann es ebenso wenig geben, als einen Menschen, der in völliger Hingabe an absolute Ideen alles Individuelle abgestreift hätte.

Neue Wandelungen machte das römische Recht im Stadium der Reception durch: einerseits wurde jene Entnationalisirung fortgesetzt, andererseits aber wurde es durch nationale Anschauungen des recipirenden Volkes verändert und so gleichsam nationalisirt, d. h. zu einem

gemeinen deutschen (französischen, italienischen . . .) Rechte gemacht; bis dieser Prozeß durch die Codificationen — ich weiß nicht, ob ich sagen soll „unterbrochen" oder „gefördert" — wurde.

Unhistorisch ist es: das ganze römische Recht wie einen Giftstoff aus dem deutschen Volksleben heraustreiben zu wollen, da es durch Jahrhunderte lange Geltung großenteils in's Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen ist; ebenso unhistorisch aber ist es: am reinen Justinianischen Recht festhalten zu wollen;[2]) als ob bei Justinian die Geschichte stehen geblieben wäre!

Der historischen Auffassung entspricht es vielmehr: Fortgang zu wünschen jenem Assimulirungsprozeß, der Alles ausstößt, was nicht zum unsterblichen Geist des römischen Rechtes, sondern zu seinem hinfälligen nationalen Leichnam gehört, und der andererseits denjenigen germanischen Rechtsprinzipien Geltung verschafft, welche auch heute noch dem Rechtsbewußtsein des Volkes und den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechen. So würden wir Deutsche endlich in Recht erhalten, das wir wenigstens mit demselben Rechte unser nennen und als solches lieben und verteidigen könnten, wie die Engländer ihre wunderlich gemischte Sprache. — Und als ein solches hinfälliges Stück römischen Rechtes erscheint mir der hier in Frage stehende Satz, gleich jenem andern in §. 41. Inst. de rer. div. Wie er mit diesem gleiche Tendenz, gleiche Natur, gleichen Ursprung hat, wird er wol mit ihm auch gleiches Schicksal teilen. Beide Sätze waren Anfangs wahrscheinlich iuris publici und sanken mit der Zeit zu Dispositivbestimmungen herab. Wie der letzterwähnte schon im römischen Rechte beständig abgeschwächt wurde, hat Exner (a. a. O.) klar gezeigt; der andere, länger festgehalten, erwies sich als undurchführbar, sobald man das Gebiet des Spezieskaufes überschritt. Wie jener in die wichtigsten neueren Gesetzbücher keine Aufnahme fand, so wird auch dieser

---

[2]) Aehnlich Delbrück in dem von Windscheid (Kritische V. J. Schft. X. Bd., S. 289 ff.) mitgeteilten Briefe. — Im Grundgedanken stimmt Roßhirt („Von einer neuzubegründenden Wissenschaft der Dogmengeschichte des bürgerlichen Rechts" im Arch. f. civ. Pr., XXXIV. Bd.) hiemit überein; aber, ausgehend von einer eigentümlichen Deutung des „quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia", gelangt er zu wunderlichen Resultaten.

mehr und mehr durch das germanische Princip verdrängt.[3]) Von jenem sagt Exner (S. 370): „Wenn moderne Codificationen ihn ganz fallen lassen, so liegt diese Neuerung gewiß im Geist des römischen Rechtes;" von unserem Satze möchte ich sagen: wenn ihm ein gleiches Schicksal widerfährt, wie großenteils schon geschehen ist, so liegt diese Neuerung gewiß im Geiste einer geschichtlichen Würdigung des römischen Rechtes.

I.

Spezieskauf.

a) Gemeines Recht.

§. 15.

Ein Spezieskauf (im weiteren Sinne) liegt immer dann vor, wenn das Kaufobject beim Vertragschluße so bestimmt wird, daß ferner eine Auswahl keinem Teile zusteht.[1]) Wenn wir das Wort auf die Fälle des Kaufes schon existirender Sachen[2]) beschränken, so können wir auch sagen: Ein Spezieskauf (im engeren Sinne) ist dann vorhanden, wenn das Kaufobject mit einem Acte tradirt werden kann.[3])

---

[3]) Wie immer reiner und bewußter das germanische Prinzip in den modernen Gesetzbüchern zur Geltung kommt, wird die ganze folgende Darstellung zeigen.

[1]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. Bd., 2. Abt., S. 535, 536.

[2]) Also vom Kaufe künftiger Sachen, und vom Kaufe von Forderungen u. s. w. absehen.

[3]) Mit „Species" ist nicht zu verwechseln „Individuum". „Species" bezeichnet keinen Gegensatz zu „Quantitätssachen", auch nicht zu „vertretbaren Sachen", weil es überhaupt keine objective inhärente Eigenschaft der Sachen ausdrückt, „sondern eine Verschiedenheit in der subjectiven Bestimmungs- oder Bezeichnungsweise, der praktischen Behandlungsweise derselben" (Jhering). Vertretbare sowol als unvertretbare Sachen können einmal speziell, ein andermal generell

Beim unbedingten Spezieskauf (im engeren Sinne) geht die Gefahr der gekauften Sache auf den Käufer über, sobald die Parteien handelseins sind, d. h. ihre Einigung über Waare[4]) und Preis in bindender Art erklärt haben, und sobald der letztere auch der Summe nach feststeht.[5]) Man sagt dann: der Kaufvertrag ist perfect.[6]) Die Tradition ist zu dieser Rechtswirkung nach gemeinem Recht nicht erforderlich;[7]) noch weniger der Eigentumsübergang.[8]) Periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet[9]) — und zwar: omne periculum (s. hier §. 1 und insb. N. 10). Der Käufer hat jedenfalls den verabredeten Preis zu zahlen; der Verkäufer hat soviel zu zu leisten, als er nach dem casus noch leisten kann: also die geschädigte Sache oder deren Ueberreste; ferner muß er, falls die Sache blos abhanden gekommen ist, oder durch Schuld eines Dritten beschädigt wurde, diejenigen Klagen dem Käufer cediren, durch welche er entweder die Sache selbst, oder eine Geldentschädigung sich verschaffen

---

bestimmt sein. Vgl. die lichtvolle Darstellung Ihering's in den Jahrb. f. Dogm., IV., S. 400 ff. Im Wesentlichen schließt sich ihm Bekker an (im Jahrb. d. gem. d. R., V., S. 351, 352), doch treibt er auf S. 363 mit dem Worte „Spezies" offenbaren Mißbrauch.

[4]) „Waare" = Kaufgegenstand, merx s. Goldschmidt, Handbuch, I., 1. Abt., S. 298, N. 24. Der Kürze halber wird hier oft jener Ausdruck gebraucht werden, darum diese Bemerkung.

[5]) Mit der classischen Stelle aus Paulus (l. 8. pr. D. XVIII, 6) ist zu vgl. die Stelle aus Ulpian: l. 9. D. XVIII, 1.

[6]) Es sind zwei Bedeutungen von „perfecter Kauf" zu unterscheiden: s. Glück, XVI. Tl., §. 972, u. XVII. Tl., §. 1034; Thöl, H. R., I., S. 444. Theologische Schriftsteller, immer stark im Distinguiren, unterscheiden gar drei Bedeutungen: s. Lud. Molina (derselbe, der in Biener's wechselrechtl. Abhandlungen, S. 84, 85 erwähnt wird), de just. et jure (1614), Tract. II., disp. 366, n. 11; ihm schließt sich J. Gibalinus an, dessen unseren Gegenstand betreffende Casuistik nicht ohne Interesse ist (De univ. rer. hum. negotiatione, I. v., p. 180 sq.) (Lugduni, 1665).

[7]) §. 3. J. III, 23.

[8]) §. 41. J. II, 1.

[9]) §. 3. J. III, 23. Vgl. l. 5. §. 2. D. XVIII, 5, l. 34. §. 6. D. XVIII, 1; l. 8. pr. D. XVIII, 6; l. 14, 15. D. XXIII, 3; l. 39. D. XLVI, 3; ll. 1, 4, 5, 6. Cod. IV, 48.

kann.[10]) Kann er keine Klagen abtreten, weil er eine fremde Sache verkaufte, so muß er dem Käufer, der darum nicht gewußt hat, so aufkommen, wie im Falle der Entwerung.[11]) Der unschuldige Käufer, dem Jemand wissentlich eine fremde Sache verkaufte, trägt kein periculum.[12]) Kannte dagegen der Käufer jenen rechtlichen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer, dem er unbekannt war, auch nach dem Untergange der Sache die Zahlung des Preises verlangen, wenn er nicht etwa früher von dem (nur den Käufer, nicht aber ihn[13]) verbindenden Geschäfte zurückgetreten ist. Doch kann in solchem Falle der Eigentümer die Herausgabe des Preises vom Verkäufer begehren.[14]) [15]) Wußten beide Teile, daß die Sache eine fremde ist,

---

[10]) l. 13. D. h. t., l. 31. pr. D. XIX, 1; §. 3. (z. E.) J. III, 23; l. 35. §. 4. D. XVIII, 1, l. 14. pr., l. 80. pr. D. XLVII, 2. — Er muß eben leisten, so viel er kann, d. h. was von der Sache noch übrig ist oder an deren Stelle trat. —

[11]) l. 35. §. 4. D. XVIII, 1: ... quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ed emtorem transferre.

[12]) Vielmehr hat er etiam, priusquam evincatur, eine Entschädigungsklage gegen den Verkäufer (l. 30. §. 1. D. XIX, 1); und selbst wenn durch Untergang der Sache die Eviction unmöglich wird, „de dolo tamen poterit agi" (l. 21. pr. D. XXI, 2).

[13]) l. 34. §. 3. D. XVIII, 1.

[14]) Mit einer condictio sine causa; vgl. Julianus in der l. 23. D. XII, 1: ... posse ... pretium condicere, ... quasi e re tua locupletior factus sim". So kommt, ob nun die Sache evincirt wird, oder vor der Eviction untergeht, ein für alle drei Interessenten gerechtes Resultat heraus. — Africanus (l. 49. D. III, 5) gibt dem Eigentümer eine neg. gest. actio, was eine ungenaue Construction ist; denn der Verkäufer handelt dort im eigenen Interesse und weiß auch nicht, daß er ein negotium alienum besorgt. Eine neg. gest. act. könnte ja der Eigentümer sofort anstellen, ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Vindication noch zusteht oder nicht. (Vgl. Windscheid, II., §. 431, d., N. 18). Vgl. noch die interessanten Stellen l. 1. Cod. IV, 51 und l. 1. Cod. IV, 52, welche letztere wol von einem eigenmächtigen, aber nicht in betrügerischer Absicht vorgenommenen Verkaufe zu verstehen sein dürfte.

[15]) Die Ansprüche des Eigentümers, dessen Sache gegen seinen Willen veräußert wurde, lassen sich so zusammenstellen: I) Gegen den betrügerischen Verkäufer hat er die actio furti (§. 3, J. II, 6; l. 73. D. de furt; l. 6. u. l. 16. Cod. de furt. (VI, 2), und kann zugleich die Sache mit der dinglichen Klage gegen jeden Dritten verfolgen, woran ihn auch keine ordentliche Ersitzung hindern kann

so kommt eine Obligation überhaupt nur dann[16]) zu Stande, wenn die Willensmeinung dahin ging: der Verkäufer werde sich bemühen, die Sache zu erwerben; dann wäre der Kauf als suspensiv-bedingt anzusehn. Wußten beide Teile nichts davon, dann ist der Vertrag gültig, und der Käufer trägt den Schaden, wenn die Sache vor der Eviction zufällig untergeht.[17]) — Nur in einem Falle trägt der Käufer die Gefahr nicht: wenn die Kaufsache von Staatswegen eingezogen wird; dann braucht er den Preis nicht zu zahlen, kann vielmehr den etwa schon gezahlten zurückfordern.[18]) — —

Andererseits muß der Verkäufer bis zur Uebergabe die Sache custodiren, und zwar, so lange der Käufer nicht in mora ist, mit der Sorgfalt eines bonus pater familias (l. 35. §. 4. D. XVIII, 1).[19]) — Auch hat der Käufer, von dem Zeitpunkte an, wo er das periculum trägt, den Anspruch auf die commoda rei.[20])

(§. 2, §. 3. J. II, 6; l. 6 sq. D. XLI, 3), wol aber die außerordentliche (trotz A. 209 der P. G. O.). II) Hat der Verkäufer als neg. gestor gehandelt, so kommen die Grundsätze über neg. gestio zur Anwendung. III) Hat der Verkäufer im eigenen Interesse mit bewußter Eigenmächtigkeit, aber ohne betrügerische Absicht (animus furandi) gehandelt, so hat der Eigentümer a) so lange die Sache existirt und nicht ersessen ist 1) die vindicatio, und 2) einen Schadensersatz-Anspruch gegen den Verkäufer; b) nach Wegfall der vindicatio hat der Eigentümer 1) eine Condiction gegen den Verkäufer auf Herausgabe des Preises, und 2) eine Schadensersatzklage, wenn z. B. unterm Werte verkauft wurde oder er günstiger hätte verkaufen können.... IV) Hat der Verkäufer bona fide gehandelt, so steht dem Eigentümer erst, wenn er mit der dinglichen Klage sich die Sache nicht zurückverschaffen kann, jene Condiction gegen den Verkäufer zu. —

[16]) l. 34. §. 3. D. XVIII, 1.

[17]) Denn so wenig er in solchem Falle das bezahlte Kaufgeld zurückfordern könnte, so wenig kann er das noch nicht bezahlte dem Verkäufer vorenthalten. — Vgl. l. 21. pr. §. 1. D. XXI, 2.

[18]) Ueber diese singuläre Bestimmung (l. 33. D. XIX, 2) s. hier Beilage I.

[19]) Wenn über den Grad der Diligenz nichts besonderes verabredet war (s. unten).

[20]) §. 3. J. III, 23: „nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est"; vgl. l. 7. pr. D. XVIII, 6; l. 4. §. 4. D. XVIII, 2; l. 1. Cod. IV, 48. Vgl. Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, 1. Heft (1859).

§. 16.
Averſionalkauf. [1])

Ein Kauf in Bauſch und Bogen[2]) (emtio in aversione oder per aversionem[3]) iſt vorhanden, wenn eine abgegrenzte Quantitätsſache ohne Rückſicht auf ihr Maß, oder wenn ein Inbegriff mehrerer gleichartiger oder ungleichartiger Sachen für einen Geſammtpreis gekauft wird.[4]) Das Eigentümliche des Geſchäftes beſteht nicht im Objecte, ſondern in der Preisbeſtimmung; denn bei Quantitätsſachen wird der Preis regelmäßig nach einer Quantitätseinheit beſtimmt (emtio ad mensuram ſ. unten), bei mehreren Sachen pflegt gewöhnlich für jede einzelne der Preis beſtimmt zu werden. Hier geſchieht das Gegenteil, indem der Käufer unbeſehens, gleichſam abgewandten Geſichtes[5]) kauft, den Wert der einzelnen Sachen

---

[1]) J. A. Gruchot, Beiträge z. L. v. Kauf in Pauſch u. Bogen (Goldſchmidt's Ztſchft., III., S. 471 ff.).

[2]) Andere ſchreiben „Pauſch und Bogen"; der Ausdruck „Handel auf dem Platze" iſt mehrdeutig und deswegen zu vermeiden.

[3]) S. l. 62. §. 2. D. XVIII, 1: in aversione emta; l. 4. §. 1, §. 2. D. XVIII, 6: aversione veniit; per aversionem venditum. Gleichbedeutende Wendungen bei Gruchot, a. a. O., S. 477.

[4]) Indem Gruchot blos den wichtigſten Fall (Quantitätsſachen, Gegenſatz von emt. ad mensuram) im Auge hat, gibt er eine zu enge Definition (S. 476). Aehnlich Keller, Pand., §. 329. — Vgl. Code civ. a. 1585, 1586. — Aber auch die Zuſammenfaſſung mehrerer (verſchiedener) Sachen uno pretio gehört her. Vgl. auch Förſter, Preuß. L. R., II., S. 111. — Hier wird über mehrere Sachen ein Geſchäft geſchloſſen, beim mehrfachen Verkauf dagegen liegen mehrere Geſchäfte über eine Sache vor.

[5]) „Aversione"; ... wenn Goldſchmidt dieſes „unbeſehens" Käufen als Gegenſatz des Probevorbehaltes auffaßt, ſo ſteht dem der conſtante Sprachgebrauch entgegen. S. Fitting in Goldſchmidt's Ztſchft., II., S. 219, N. 17. Vgl. l. 1. §. 15. D. XIV, 1, l. 10. §. 2. D. XIV, 2. Doch iſt zuzugeben, daß der Zuſammenhang der l. 4. §. 1. D. XVIII, 6 für Goldſchmidt's Auslegung ſpricht, und daß der Wortſinn (die Etymologie) des „aversione" ihr nicht entgegenſteht. — Intereſſant iſt es, daß dieſelben Zweifel, und zwar aus Anlaß derſelben Stelle ſchon vor Jahrhunderten geäußert wurden. S. Antonii Augustini emendationum lib. III. c. 6 (in Otto's Theſaurus, IV., col. 1513—1515). Trotz

nicht untersuchend, beziehungsweise die Quantität nur ungefähr schätzend, nicht genau messend. — Ein solches Geschäft ist eine emtio speciei,[6]) es gelten daher rücksichtlich des periculum die im vorigen Paragraph entwickelten Sätze.[7])

b) Preußisches Recht.

§. 17.

Noch der Codex Maxim. Bavar. civ. enthielt (IV. Teil, 4. Kap.) im Wesentlichen bloß eine Zusammenfassung der damaligen gemeinrechtlichen Doktrin. Im IV. Tl., 3. Kap., §. 11. ist der römische Satz reproducirt, und neu nur der Zusatz, daß der Käufer gegen den dritten Schädiger „alsofort zu agiren befugt ist", ohne daß hiezu eine Cession Seitens des Verkäufers nötig wäre.

Dagegen finden wir im allgemeinen preußischen Landrecht eine ganz andere Normirung der Gefahr beim Kaufe; und diese hat als Zeugniß für ein in diesem Punkte unverändertes deutsches Rechtsbewußtsein um so mehr Wert, als die Verfasser des Landrechts keine „besondere Kenntniß der Reste eigentümlich deutschen Rechts" hatten, da „es damals noch keine Wissenschaft eines gemeinen deutschen Privatrechts im heutigen Sinne" gab.[1]) Treffend sagt Löher:[2]) „Indem

---

der unsinnigen Ableitung des Wortes („aversionem dictam, quod periculum avertat emptor . . . a venditore . . .") gibt er die richtige Erklärung. Henr. a Suerin (im Thesaur., IV., col. 47) verbindet in der Erklärung der l. 4. §. 1. cit. beide Ansichten dahin: beim Aversionalkauf solle nicht degustirt werden.

[6]) S. Gruchot, S. 473 ff., u. S. 480; Thöl, I., S. 445, u. insbes. Ihering, Jahrb. f. Dogm., IV., S. 405, 407. — Unrichtig Heyer in der Ztschft. f. Civ. R. u. Pr., N. F., XV., S. 25.

[7]) S. l. 62. §. 2. D. XVIII, 1; l. 35. §. 5, §. 6. D. eod. und l. 2. Cod. IV, 48. Vgl. Gruchot, S. 480 ff., Mommsen, Beiträge, I., S. 339, N. 17 und Gensler, de emt. vend., quae fit ad mensuram (Jenae 1814), §. 3. — Besondere Regeln gelten hingegen über die Gewähr der Mängel beim Aversionalkauf. S. Gruchot, S. 503 ff.

[1]) Dies übersieht m. E. Göppert, von dem die angeführten Worte herrühren, bei seinen Einwendungen gegen Förster (Krit. V. J. Schr. f. Gesetzg. u. R. W., VIII., S. 535 ff.).

[2]) System des preuß. Landr., S. 66.

die Redactoren aus der beliebten ‚Natur der Sache' und ‚natürlich Billigkeit' philosophisch, also aus ihrem eigenen Denken die Rechtssätze herleiteten, kamen sie natürlich ... in die deutsche Rechtsanschauung hinein.... Unter dem Philosophischen versteckte sich leicht das Nationale, im Gewande des Natur- und Verstandesrechtes[3]) schlich sich das deutsche Recht ein." — So brachte sich auch in unserer Materie das deutsche Rechtsbewußtsein zur Geltung, freilich — aus den erwähnten Gründen — entstellt durch Zufälligkeiten subjectiver Einsicht und gesetzgeberischen Beliebens.

Drei Jahre nach der bekannten Kabinets-Ordre (s. N. 3) begann zu erscheinen der „Versuch eines Auszuges der römischen Gesetze zum Behufe der Abfassung eines Volks-Codex" (Breslau, 1783 fg). Der ungenannte Verfasser stand offen und entschieden auf Seiten des römischen Rechtes, gegen dessen Feinde er sich lebhaft ereifert; aus den bekannten Utilitätsgründen wünscht er eine Codification, wünscht jedoch nicht die materielle Herrschaft des römischen Rechtes, wol aber „die Autorität des Schwaben- und Sachsenspiegels" „für immer vernichtet" zu sehen. Um so auffallender ist seine Bemerkung über das ‚periculum pertinet statim ad emtorem': er kenne für diesen singulären Satz „keinen natürlichen billigen Grund."[4]) Noch entschiedener spricht sich Suarez[5]) Falsches mit Richtigem mengend, gegen den römischen Satz so aus: „Der Käufer, der die Sache noch nicht in seinem Gewahrsam hat, der darüber noch gar nicht disponiren, der nicht die geringsten Vorkehrungen zu ihrer Erhaltung und Sicherheit treffen kann, der noch nicht den geringsten Nutzen von ihr gezogen hat, soll dennoch schuldig sein, das Kaufgeld zu bezahlen, ob ihm gleich sein Verkäufer die Sache nicht mehr gewähren kann." —

Hieraus sieht man, daß die Verfasser des preußischen Landrechtes sich hier mit vollem Bewußtsein vom römischen Recht entfernten. Es war demnach bei den betreffenden abweichenden Sätzen

---

[3]) Vgl. Kab.-Ordre v. 14. April 1780.

[4]) Heft 3, S. 235, Anm. 95; vgl. Glück, IV., S. 380.

[5]) In den Kamptz'schen Jahrb., H. 81, S. 16—18.

ein unmittelbares Rechtsgefühl die treibende Kraft; die falsche, hohle Schulregel (casum sentit dominus) diente nur zur vermeintlichen wissenschaftlichen Rechtfertigung.[6])

§. 18.

Die oft erwähnten zwei singulären römischen Sätze haben beide im preußischen Landrechte nicht Eingang gefunden. Nach preußischem Rechte wird der Eigentumsübergang durch die in §. 41. J. II, 1 erwähnten Hindernisse nicht aufgehalten.[1]) Bezüglich des Gefahrüberganges wird das deutschrechtliche Prinzip an die Spitze gestellt: §. 100 (I. Teil, XI. Titel)[2]): „Wird die verkaufte Sache noch vor der Uebergabe durch einen Zufall gänzlich zerstört oder vernichtet, dergestalt, daß gar keine Uebergabe erfolgen kann, so wird der Contract für aufgehoben geachtet." Die beigefügte Verweisung auf Tit. V, §. 364 ff. bedeutet, daß der Verkäufer nicht für das Interesse aufzukommen braucht, aber auch den Kaufpreis nicht einfordern kann, beziehungsweise den schon gezahlten rückerstatten muß. Die Tradition ist also der entscheidende Moment (über die Ausnahme bei „gerichtlichen notwendigen Verkäufen" s. §. 342. h. t). §. 95 (h. t.) sagt ganz allgemein: vor der Uebergabe falle „Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last." Rücksichtlich des periculum deteriorationis gilt §. 194 h. t.: „Uebrigens muß sie (die Kaufsache) in demjenigen Zustande übergeben werden, in welchem sie sich zur Zeit des geschlossenen Kaufs befunden hat." Kann der Käufer beweisen, daß die Sache seit dem Contractabschluß deteriorirt wurde, so kann er die Annahme ver-

---

[6]) Unrichtig ist darum Förster's Behauptung (Theorie und Praxis des heut. gem. preuß. Pr. R., I. Bd. (1865), S. 721), die man am wenigsten von ihm erwarten würde (s. a. a. O., S. 18): man könne „nicht sagen, daß das heut. R. unter irgend einem, wenn auch entfernten, Anklange an das ältere deutsche Recht diese Frage beantwortet".

[1]) Koch, R. d. Forderungen (III., §. 322); jedoch Rücktrittsrecht des Verkäufers nach §. 230; vgl. Förster, §. 125, N. 72. Ueber Vollzug einer Tradition inter absentes, s. §§. 128—132 h. t.

[2]) Dieser Hauptitel (I, 11) wird fortan nur mit „h. t." citirt werden.

weigern und vom Kaufe zurücktreten[3]), oder eine entsprechende Preisminderung begehren.[4]) Wegen mittlerweile einem Grundstücke aufgelegter „neuer, öffentlicher, fortwährender Lasten und Angaben" kann der Käufer wol vom Vertrage abgehn, aber keinen Nachlaß am Kaufpreis fordern. (§. 178, §. 179 h. t.) —

Das Gleiche gilt auch beim Aversionalkauf bezüglich des periculum interitus; nicht aber bezüglich des periculum deteriorationis. Kann überhaupt noch tradirt werden, so kommt es da auf den Zustand der Sachen nicht an, wenn nur dem Verkäufer, — der, so lange er besitzt, „nur die Rechte und Pflichten eines Verwalters fremder Sachen hat", — kein Verschulden zur Last fällt (§§. 117, 118, 119).[5]) Zu dieser „Inconsequenz, die sich wissenschaftlich nicht weiter rechtfertigen läßt" (Förster, II., S. 112) mag die Redactoren die Vorstellung verleitet haben, daß die Abschätzung des Objectes bei einem Kaufe „in Bausch und Bogen" immer nur eine ungefähre ist, daß die Deterioration eines Stückes durch die Werterhöhung anderer mehr als gedeckt sein kann, und daß die Berechnung des Verhältnisses, in dem gemindert werden soll, um so schwerer wäre, mit je weniger specieller Berücksichtigung der einzelnen Stücke die Aversionalsumme verabredet war.[6])

c) Französisches Recht.

§. 19.

Dreierlei widerstrebt an dem römischen Satze dem modernen Rechtsbewußtsein: 1) daß Jemand unter Umständen unentgeltlich leisten muß, obwol er sich nur zu einer entgeltlichen Leistung verpflichten wollte (juristisches Bedenken); 2) das Auseinanderfallen von Eigentum und Interesse an den ökonomischen Schicksalen der Sache, die dem Einen nicht mehr ganz, und dem Anderen noch nicht ganz gehört. Solche Zwitterverhältnisse tragen nicht zur Klarheit des Rechtszustandes

[3]) Koch, R. d. Ford., I., S. 220, 224; Förster, II., S. 728.
[4]) Förster, II., S. 83.
[5]) Dazu Gruchot, in Goldschmidt's Ztschft, III., S. 487 ff.
[6]) Vgl. Zeiller's Motivirung beim österr. R.

bei [halb juristische, halb politische Erwägung [1])]; 3) das Auseinanderfallen des Interesses an der Erhaltung der Sache und der Möglichkeit, die Sache zu schützen (bloßes Utilitäts-Bedenken).

Während das preußische Recht durch Aufnahme des germanischen Prinzips allen diesen Einwendungen entging, sucht das französische Recht die zwei zuerst angeführten Widersprüche [2]) in eigentümlicher Weise zu beseitigen.

Die Tradition als Erfordernis der Eigentumsübertragung hat — meinten die Naturrechtslehrer — keinen rationellen Grund für sich. Mag immerhin die physische Herrschaft die Basis der rechtlichen sein, — jene wird doch nur durch körperliche Uebertragung verschafft, welche zur Tradition im juristischen Sinne weder genügend, noch erforderlich ist.[3]) Die Tradition ist demnach eine lästige veraltete Form, rationell ist der Satz: Nudo consensu dominia transferuntur.[4]) Und so sagt auch der Code civ. a. 711: „La propriété des biens s'acquiert . . . par l'effet des obligations" . . . und a. 1138: „L'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire . . . encore que la tradition n'en ait point été faite". — Indem man alles aus dem Parteiwillen und der Verkehrstreue ableiten wollte, verkannte man den Wert positiver Rechtsformen für die Klarheit des Rechtszustandes und die Sicherheit des Rechtsverkehrs; und geriet damit in Schwierigkeiten und Widersprüche, die u. A. Exner gut nachgewiesen hat.[5]) Jene Form des dinglichen Vertrages warf man bei Seite, seiner selbst konnte man nicht entraten.[6]) Kann ja doch der Wille der Parteien bald auf sofortige Eigentumsübertragung gerichtet sein, bald wieder dahin gehen, die Eigentumsverschaffung zum Gegenstande einer später zu erfüllenden Obligation zu machen. Beim

---

[1]) Derselben Natur, wie etwa die Frage nach dem Werte einzelner Vertragsformen.

[2]) Den dritten (Utilitäts-) Punkt bei Seite lassend.

[3]) l. 1. §. 21. D. XLI, 2: „non enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu" (Paulus).

[4]) Vgl. Zeiller, Das natürl. Pr. R., §. 132 u. §. 109, u. dazu Egger, Das natürl. Pr. R., §. 109.

[5]) Rechtserwerb durch Tradition, S. 301 ff.

[6]) Vgl. Zachariä, Handb. d. franz. Civilrechts, §. 180.

Kaufe unterstellt der Code civil die erstere Absicht und sagt (a. 1583): ... „la propriété est acquie de droit (ipso iure) à l'acheteur a l'égard du vendeur (? s. Exner, S. 311) dès, qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée[7]) ni le prix payé.“[8]) Der perfecte Kaufcontract ist schon Veräußerung[9]) und zwar im strengsten Sinne, nämlich Eigentumsübertragung.

Gleichwol hat sich das französische Gesetz nicht etwa von der Bestimmung des römischen Rechts entfernen wollen: daß der Verkäufer dem Käufer nur das faktische, nicht notwendig das rechtliche, Haben der Sache zu garantiren habe. Nicht rücksichtlich der Pflichten des Verkäufers (s. a. 1603), nur rücksichtlich der Wirkungen des Kaufvertrages unterscheidet sich das französische Recht vom römischen, indem es — bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen — an die Perfection des Vertrages sowol den Uebergang des Eigentums, als den des periculum knüpft. Wenn schon nach a. 1583 auch an letzterem kein Zweifel sein könnte,[10]) so wird es im Gesetze auch noch ausdrücklich gesagt. Denn a. 1624 verweist bezüglich der „question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison“ auf lib. III. tit. III.; dort aber sagt der a. 1138, daß das Recht die Uebergabe einer Sache zu fordern,

---

[7]) Cf. a. 1138.

[8]) Ablehnung des singulären Satzes in §. 41. Inst. II, 1.

[9]) D. h.: bezweckt sie nicht bloß (vgl. Reuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 77 a. E.); für das französ. R. treffen die Bemerkungen Windscheid's (II., §. 389, N. 2 u. §. 321, N. 18) zu, die für das gemeine R. als irreführend bezeichnet werden müssen. Vgl. Devilleneuve et Massé unter dem Schlagworte „vente commerciale“ N. 117, Note *), wo der Unterschied des Kaufes nach röm. u. franz. R. hervorgehoben, und das Haften für habere licere eine Subtilität genannt wird (!).

[10]) Denn gewiß wollte der Gesetzgeber die Gefahr nicht später übergehen lassen, als das Eigentum; auch scheinen die Worte „a l'égard du vendeur“ gerade vorzüglich mit Hinblick auf das periculum gebraucht zu sein. — Ueber diese Worte vgl. auch noch die Entscheidungen, die bei Devilleneuve et Massé unter „vente commerciale“ No. 187 suiv. zusammengestellt sind und dahin gehen, daß das Eigentum beweglicher Sachen auch in Ansehung Dritter durch den perfecten Kaufvertrag erworben werde.

ſchon an ſich den Gläubiger zum Eigentümer macht „et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite.“ —

Es wird hienach wol auch ohne weitere Ausführung klar ſein, daß die Uebereinſtimmung des franzöſiſchen Rechts mit dem römiſchen bezüglich des periculum beim Kauf nur eine äußerliche iſt, d. h. eine Uebereinſtimmung im Reſultate. —

Daß der Averſionalkauf (vente en bloc) in dieſem Punkte dem gewöhnlichen Spezieskauf gleichgeſtellt iſt (a. 1586), entſpricht der Natur der Sache und dem gemeinen Recht. —

d) Oeſterreichiſches Recht.

§. 20.

Rückſichtlich der Natur und der Wirkungen des Kaufvertrages ſtimmt das öſterreichiſche a. b. G. B. mit dem römiſchen und nicht mit dem franzöſiſchen Rechte überein; denn es zählt den Kauf zu den „Titeln, ein Eigentum zu erwerben“ (§. 1053) [1]) und hebt als ſeine nächſte Wirkung die Entſtehung der beiden Obligationengruppen ex vendito und ex emto hervor (§. 1061, §. 1062). Der Gegenſatz zwiſchen §. 1053 des a. b. G. B. und a. 1583 des Code civil entſpricht dem prinzipiellen Gegenſatze zwiſchen §. 425 jenes und a. 711 dieſes Geſetzbuchs.

Wie das preußiſche Landrecht, hat auch das öſterreichiſche a. b. G. B. die beiden ſingulären römiſchen Sätze beſeitigt und zwar 1) den über Hinausrückung des Eigentumsüberganges in befriedigender Weiſe durch §. 1063; [2]) 2) den über Vorrückung des Gefahrüberganges in unbefriedigender Weiſe (durch §. 1064), wie gleich gezeigt werden ſoll. — Die Gefahr der trabirten Sache trägt natürlich ſtets der Käufer; [3]) doch nicht deshalb, weil der Verkäufer ſchon ge-

[1]) Vgl. Unger, II., §. 72, Exner, S. 82—85.

[2]) Doch iſt die materiell richtige Beſtimmung in eine verfehlte Form gehüllt. („Wird die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben, ſo iſt die Sache auf Borg verkauft und das Eigentum derſelben geht gleich auf den Käufer über“); vgl. Exner, a. a. O., S. 79, 80, N. 108.

[3]) Arg. a contr.: aus §. 1064 („einer ... noch nicht übergebenen Sache“).

leistet hat, sondern „weil der Uebernehmer durch die Uebergabe Eigentümer der Sache geworden ist" (Zeiller, Comm., II. Bd., I. Abt., S. 342). Und so haben die Redactoren des a. b. G. B., die wahre Bedeutung der Tradition für unsere Frage verkennend, diese natürliche Grenze für den Gefahrübergang auch nicht festgehalten, sondern Unterscheidungen gemacht, welche sich weder mit theoretischen noch mit praktischen Gründen verteidigen lassen.

Der §. 1064 verweist auf die für den Tausch geltenden Vorschriften (§§. 1048—1051) und diese Gleichstellung ist zu loben. Denn der Tausch ist jetzt ebenso ein Consensualvertrag, wie der Kauf; und nach österreichischem Rechte entfällt auch der einzige Unterschied, der im gemeinen Rechte noch übrig ist: nämlich, daß der Kauf bloß einen faktischen, der Tausch einen rechtlichen Erwerb bezielt. —

Auf den Spezieskauf finden die §§. 1048 ff. directe Anwendung (§. 1048: „die bestimmte Sache") und es wird deshalb im Folgenden selbst bei Gesetzcitaten überall statt „Besitzer" ‚Verkäufer' und statt „Uebernehmer" [4]) ‚Käufer' gesetzt werden.

Das Gesetz unterscheidet: I) Eine Zeit für die Uebergabe ist bedungen. Dann trifft [5]) aller casus vor dieser Zeit den Verkäufer (§§. 1048, 1049), aller casus nach derselben den Käufer, dem von diesem Momente an auch alle commoda zukommen (§. 1050).[6]) II) Ist keine Zeit bedungen, dann entscheidet „der Zeitpunkt der Uebergabe selbst" (§. 1051). Das Resultat wäre: im ersten Falle

---

[4]) Der Redactionsverstoß „Uebernehmer, obgleich die Sache noch nicht übergeben worden ist" (§. 1050) hat seinen Grund in dem Bemühen die einander gleichstehenden Parteien beim Tausche doch mit kurzen Bezeichnungen zu unterscheiden. Man dachte sich den Tausch gleichsam aus zwei Käufen bestehend und unterschied nun vom Standpunkt derjenigen Sache, deren periculum in Frage kommt, „Uebergeber" („Besitzer") und „Uebernehmer", wie man „Verkäufer" und „Käufer" unterscheidet.

[5]) Wie? davon später.

[6]) §. 1050: „Dem Besitzer (Verkäufer) gebühren die Nutzungen der vertauschten (verkauften) Sache bis zur bedungenen Zeit der Uebergabe. Von dieser Zeit an gebühren sie, sammt dem Zuwachse dem Uebernehmer (Käufer), obgleich die Sache noch nicht übergeben worden ist." Wegen „Nutzungen" s. Unger, System, I., S. 469, N. 39; wegen „Zuwachs" ebd., S. 444, N. 24.

entscheidet die bedungene Zeit, ohne Rücksicht, ob wirklich tradirt wird; im zweiten Falle entscheidet die wirkliche Uebergabe ohne Rücksicht, wann tradirt wird.

Dürfen wir daraus Ernst machen? Aus dem zweiten Satze gewiß nicht, da §. 1051 die Beschränkung enthält „und fällt keinem Teile ein Verschulden zur Last", womit auch die Mora gemeint ist.[7]) a) Des Verkäufers mora tradendi ändert, da er bisher auch schon die Gefahr trug, nichts an der Regel des §. 1051; die Verlängerung der Gefahr ist hier, so zu sagen, eine latente Wirkung, d. h. weniger auffällig, als die nun begründete Pflicht zum Ersatze des Interesses, das der Käufer an der rechtzeitigen Erfüllung hatte. b) Mit der mora accipiendi des Käufers — und dieser gleich wirkt seine mora solvendi[8]) — geht die Gefahr auf ihn über, auch vor der Tradition, welche später vielleicht gar nicht mehr erfolgen kann. Wenn aber „excusirende" Umstände[9]) den Käufer an der Entgegennahme hinderten, dann geht die Gefahr auf ihn nicht über, weil §. 1051 keine künstliche Erweiterung der mora enthält (s. unten).

Will der Käufer nicht länger die Gefahr tragen, so kann er die Sache gerichtlich deponiren. Diese Handlung, „wenn sie rechtmäßig geschehen, und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist, befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit, und wälzt die Gefahr der geleisteten Sache auf den Gläubiger". (§. 1425.)

Betrachten wir nun, zu welchen Ergebnissen der erste Satz

---

[7]) Vgl. Unger, System, II., S. 545, N. 39 und Unger, Fragmente aus d. österr. Obl. R., S. 21, 22, N. 7.

[8]) D. h. der Käufer ist in Verzug: 1) wenn er die rechtmäßig angebotene contractmäßige Waare nicht entgegennimmt, und 2) wenn er zwar die Waare annehmen möchte, aber nicht sofort zahlen will. Da der Verkäufer nicht verpflichtet ist, die Waare ohne Zahlung herauszugeben, so verschuldet der nicht zahlen wollende Käufer in solchem Falle den Aufschub der Tradition, und erscheint deshalb moros nicht blos in Bezug auf das pretium solvendum, sondern auch rücksichtlich der merx accipienda. S. §. 1062: „Der Käufer ist ... verbunden, die Sache sogleich oder zur bedungenen Zeit zu übernehmen, zugleich aber auch das Kaufgeld baar abzuführen; widrigenfalls ist der Verkäufer ihm die Uebergabe der Sache zu verweigern berechtiget." Vgl. §. 1052; Unger, System, II., S. 499, N. 17; wegen „baar" s. Unger, I., S. 379, 380, N. 35.

[9]) Unger, Fragm., S. 22, 23, N. 8 u. N. 9.

(s. oben) führt, wenn wir aus ihm Ernst machen, wozu der Wortlaut des §. 1050 („obgleich die Sache noch nicht übergeben ward") uns zu berechtigen scheint. [10])

a) Bis zu der bedungenen Zeit trug der Verkäufer die Gefahr, also litt er unter jedem die Sache treffenden Unfall. Nach jenem Zeitpunkte geht die Gefahr auf den Käufer über. Des Verkäufers mora tradendi hat nur zur Folge, daß dieser nun für denjenigen Zufall haftet, der die Sache beim Käufer nicht betroffen hätte. [11]) Also nach dem verabredeten Zeitpunkte wäre die Lage des morosen Verkäufers günstiger, als vor jenem Zeitpunkte die des nicht morosen! Ein so absurdes Resultat müssen wir durch einschränkende Auslegung eliminiren, wozu §. 1051 („und fällt keinem Teile ein Verschulden zur Last") einen Anhaltspunkt bietet. [12])

b) Da eine sogenannte objective („excusirte") Mora des Verkäufers eigentlich keine Mora ist, [13]) so müßte hier nach dem bedungenen Zeitpunkt der Käufer die Gefahr tragen. Bedenkt man aber, welche Rolle in der damaligen Literatur die Unterscheidung spielte, ob der casus sich „in der Person dieses oder jenes Contrahenten" ereignet hat; [14]) so scheint die Gleichstellung dieses Falles (b) mit dem vorigen (a) im Sinne unseres Gesetzbuches zu sein. Dabei kann auf Zeiller's Zeugniß großes Gewicht gelegt werden. Dieser sagt (im III. B., Abt. 1, S. 345): „Ist die Zeit der bedungenen

---

[10]) Dr. A. Haimberger (Ztschft. f. österr. Rechtsgel., Jahrg. 1837, II., S. 345) nimmt dies an und sagt: „Die Anwendung dieser Vorschriften unterliegt bei beweglichen Sachen gar keiner Schwierigkeit." (!)

[11]) Unger, Fragm., S. 18 und insbes. N. 10.

[12]) Daß der morose Verkäufer zur Interesseleistung wegen nicht-rechtzeitiger Erfüllung verpflichtet ist, folgt allerdings aus „allgemeinen Grundsätzen", auf die sich für obigen Fall Winiwarter beruft. Daß aber hier der Verkäufer in allen Fällen das periculum trage, — und darauf kommen doch seine Behauptungen (im Comm., IV. Bd., S. 253 ff.) hinaus — dürfte zwar richtig sein, wird jedoch nicht durch Winiwarter's Bemerkungen erwiesen; denn es ergibt sich weder aus §. 1047, noch aus §. 1048, noch aus den allgemeinen Grundsätzen über mora.

[13]) Vgl. hier, N. 7 und noch Unger, System, II., S. 546, N. 41.

[14]) Vgl. §. 1311; dann die im Text angeführte Stelle aus Zeiller's Comm.; ferner: Höpfner, Comm., S. 761, und Koch, Recht der Forderungen, I., §. 20.

Uebergabe verstrichen und die Uebergabe unterblieb aus einem Verschulden des Ueberträgers oder aus einem Hindernisse, das sich in seiner Person ereignet hat, so haftet er für den daraus entsprungenen Schaden. Unterblieb aber die Uebergabe aus einem Verschulden oder zufälligen Hindernisse des Uebernehmers, so kann er den daraus entstandenen Schaden niemandem aufbürden (§. 1047 und §. 1311)." [15])

c) Nicht nur im Falle der wirklichen mora accipiendi des Käufers, sondern auch

d) im Falle seiner sogenannten objectiven Mora geht die Gefahr sofort auf ihn über.

§. 21.

Die §§. 1048 ff. sind gewiß nicht glücklich abgefaßt, da sie Zweifel darüber entstehen lassen, von welchem Momente an der Käufer das periculum tragen solle. Es ist nun aber auch leicht zu zeigen, daß die dort aufgestellte Unterscheidung (§. 1048, §. 1051) durchaus ungerechtfertigt ist.

„Der Verkäufer trägt bis zur Uebergabe die Gefahr" ist nur die technische, durch den Gegensatz zum römischen Rechte sich erklärende Einkleidung des schlichten Gedankens: „Wenn der Verkäufer nicht erfüllt, braucht auch der Käufer nicht zu erfüllen; für nichts kann man kein Entgelt fordern." Wird durch eine Zeitbestimmung hieran etwas geändert? 1) Offenbar nicht, wenn die Zeitbestimmung im Interesse des Verkäufers geschah, so daß der Käufer nicht früher, wol aber später die Erfüllung begehren darf. Verkäufer darf jederzeit leisten; selbst nach Ablauf jener Zeit kann er nur durch Mahnung des Käufers in Mora versetzt werden, da jene Zeit eben nur bestimmt, von wann an Käufer die Tradition begehren könne. 2) Hat die Zeitbestimmung den Sinn, daß die Waare spätestens um diese Zeit abgenommen werden müsse, so versetzt ihr Ablauf den Käufer in moram accipiendi, von sogenannten Excusationsgründen abgesehen. Frühere Abnahme darf der Verkäufer nicht begehren. Käufer kann dagegen die Tradition auch

[15]) Ihm hat Nippel (VII., 1. Abt., S. 156) auch hier nachgeschrieben; Stubenrauch's Bemerkung (III, S. 240) kommt auf dasselbe heraus.

früher fordern. 3) Der Verkäufer soll bis zu einer gewissen Zeit die Waare bringen oder schicken. Ob damit der Moment der Absendung gemeint sei, oder die Zeit, bis zu welcher die Sache zu erhalten der Käufer erwarten darf, ist quaestio facti; meistens wird letzteres gemeint sein. Läßt der Verkäufer diese Frist verstreichen, so ist er in mora solvendi. Außer der Haftung für das Interesse der rechtzeitigen Erfüllung, trägt er die Gefahr der Sache, die bei der deutschen Normirung durch seine Schuld verlängert wird, nach römischen Rechte auf ihn rückübergeht.[1]) An keinen dieser Fälle scheinen die Verfasser des a. b. G. B. gedacht zu haben, sondern nur an den Fall, wo ein fixer Zeitpunkt für die Uebergabe und Uebernahme verabredet ist, die also weder früher noch später erfolgen sollen. Aber auch für diesen Fall, wie für alle anderen reicht der deutschrechtliche Grundsatz aus, combinirt mit den allgemeinen Grundsätzen über den Verzug.[2]) Die stärkste Wirkung, welche eine Zeitbestimmung in Betreff des periculum äußern kann, besteht darin, daß sie die Voraussetzung für die Anwendung des Satzes: „dies interpellat pro homine“[3]) begründet.

Gewiß dachten die Verfasser des a. b. G. B. an die Fälle der sogenannten „beculpirten Mora“ des Käufers und meinten, es wäre sehr unbillig den Verkäufer noch länger die Gefahr tragen zu lassen, da der Aufschub nicht von ihm verschuldet sei. So entstand der §. 1048. Diese Furcht vor Benachteiligung des Verkäufers war aber eine unbegründete. Denn: 1) kommen hiebei praktisch nur die Fälle in Betracht, wo ein Abholen der Waare verabredet war; und da

---

[1]) Auch dies zeigt m. E. wieder, daß die römische Normirung künstlicher sei, als die deutsche. —

[2]) Vgl. Motive zu d. Entw. e. bgl. Gesetzb. f. Bayern, S. 130. „Weitere ... Fragen finden in den ... allgemeinen Grundsätzen ihre genügende Lösung. So bedurfte es keiner besonderen Bestimmung über den Fall, wenn ... die festgesetzte Frist abgelaufen ist, und der Käufer auf das Anerbieten des Verkäufers, ihm die Sache gegen Zahlung des Preises zu übertragen, sich eines Verzuges schuldig macht.“

[3]) Ueber diesen Satz s. Unger, Fragm., S. 21, N. 6 und die dort Angeführten.

sind die Fälle jenes bloß objectiven Verzuges gewiß viel seltener, als die der wirklichen Mora; 2) kann sich der Verkäufer solchen Falls durch ausdrückliche Verabredung schützen;[4]) 3) in den sehr seltenen Fällen, die dann noch erübrigen, kann er sich durch gerichtliche Deponirung der Waare helfen (§. 1425).

Hiemit ist die Unterscheidung unseres Gesetzbuchs erklärt und widerlegt. Sie zeigt sich als ungerechtfertigt;[5]) *eine Mora zu fingiren, wo keine vorliegt*, dazu ist beim Kaufe so wenig ein Grund vorhanden, als sonst irgendwo.

§. 22.

Da auch nach österreichischem Rechte in der Mehrzahl der Fälle die *Uebergabe* der entscheidende Moment ist, so fragt es sich weiter, ob es bei *unbeweglichen* Sachen auf die *physische* Uebergabe oder auf die *Eintragung in die öffentlichen Bücher ankomme?*[1])

---

[4]) arg. §. 1051 („insofern die Parteien nicht etwas Anderes festgesetzt haben").

[5]) A. M. ist Dr. C. F. *Reatz*: „Zur Lehre vom casuellen Untergange obligatorischer Rechte" (Linde's Ztschft. f. Civ. R. u. Pr., XV. Bd., S. 351 ff.). Die natürliche Rechtsanschauung verlange, behauptet er (S. 363), den Satz: „der Verkäufer trägt bis zum Eintritt der Lieferungszeit die Gefahr der verkauften Sache, beziehungsweise beim casuellen Untergang des Kaufobjectes nach Abschluß des Kaufvertrages und vor eingetretener Lieferungszeit ist der Käufer nicht schuldig, den Kaufpreis zu zahlen." Unter „Lieferungszeit" versteht er den „**dies veniens**, den Moment, in welchem der Käufer die Uebergabe der Sache zu fordern berechtigt und der Verkäufer sie zu bewerkstelligen verpflichtet ist." — S. 374: „Ich finde die Consequenzen, welche sich aus dem Satze ergeben, daß der Verkäufer bis zur Lieferung, beziehungsweise schuldvollen Nichtannahme der verkauften Sache, die Gefahr tragen müsse, unbillig." — Der Kaufvertrag erhalte nach natürlicher Rechtsanschauung seine Perfection erst in dem Momente, in welchem der Käufer rechtlich fordern kann. (!) (S. 375:) „Die Existenz der Sache zur Forderungszeit ist die Voraussetzung, unter welcher die Contrahenten den Vertrag schließen." ... „Aber auch *nur* die Existenz der Sache zu *dieser* Zeit wird vorausgesetzt, da es Sache des Käufers ist, das Kaufobject zur rechten Zeit zu fordern." — Solche Ausführungen sind geeignet, zwar *nicht* jene Distinction zu rechtfertigen, leider! aber Vorurteile gegen das deutschrechtliche Prinzip zu erwecken, beziehungsweise zu bestärken. —

[1]) Diese Frage (und *nur* sie) wird besprochen in dem kleinen Aufsatz von

I. Wenn der Kauf nach österreichischem Rechte denselben Charakter hat wie nach römischem Rechte, dann genügt ohne Zweifel die physische Uebergabe; denn auch bei beweglichen Sachen ist die Tradition für das periculum entscheidend nicht als Form der Eigentumsübertragung, sondern als Erfüllung einer Obligation. Nach römischem Rechte geht aber die Obligation des Verkäufers nur auf faktisches Verschaffen der Sache, also zunächst nur auf Uebergabe des Besitzes,[2]) während beim Tausche der Veräußernde zur Eigentumsverschaffung verpflichtet ist.[3]) Dieser Unterschied beruht aber nicht auf einer inneren Verschiedenheit, sondern auf der statistischen Tatsache, daß der Tausch nur sporadisch vorkommt, während täglich viele Millionen von Kaufgeschäften geschlossen werden. Auch beim Kaufe geht die Absicht der Parteien regelmäßig auf Eigentumsübertragung;[4]) nur ist es bei entwickelten Verkehrsverhältnissen weder nötig, noch möglich, daß der Käufer für mehr als das habere licere hafte. Daß dies, und nicht etwa eine prinzipielle Gleichgültigkeit des Kaufes gegen das Eigentum der Grund der geringeren Haftung des Verkäufers ist, das erhellt 1) daraus, daß der Verkäufer,

---

Dr. A. Haimberger: „Von der Gefahr und den Nutzungen einer zwar verkauften, aber noch nicht übergebenen Sache" (Ztschft. f. österr. Rechtsgel., Jahrg. 1837, Bd. II., S. 345 ff.).

[2]) Windscheid, II., S. 413.

[3]) Windscheid, II., S. 447.

[4]) Viel weiter geht O. Scholz in seiner Inaug.-Diss.: „Utrum venditor ex iure romano ad dominium transferendum obligatus sit nec ne." (Berlin 1869.) Allerdings sei der Käufer zur Eigentumsübertragung verpflichtet, beziehungsweise bei Kaufobjecten, bei denen von dominium nicht die Rede sein kann, „ad plenam rei potestatem transferendam". Er versucht dann Gründe anzugeben, warum die römischen Juristen dies anders formulirt hätten und bestimmt den Sinn des „habere licere" und „praestare, ut habere liceat" in einer von der herrschenden Lehre etwas abweichenden Art (§§. 7, 8, 9). S. insbes. p. 15, 20, 21, 51, 52, 74. — Das Richtige dürfte aber doch wol nur dieses sein: 1) der Verkäufer ist verpflichtet dem Käufer alles Recht zu verschaffen, das ihm selbst an dem Kaufobjecte zusteht (welche Ansicht Scholz ausdrücklich zurückweist, p. 19) und 2) muß der Verkäufer bona fide sein, d. h. sich für einen auctor idoneus halten. In diesem Sinne kann man beim Sachenkaufe allerdings sagen, der Verkäufer müsse animum dominii transferendi haben (vgl. Scholz, p. 20, 21).

wenn er mala fide eine fremde Sache als eigene verkauft, schon vor der Eviction haftet (l. 30. §. 1. D. XIX, 1); 2) aus l. 80. §. 3. D. XVIII, 1: „Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat;“ [5]) 3) aus l. 67. D. XVIII, 1: „Alienatio quum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus...“, cf. l. 1. Cod. V, 23. 4) aus l. 16. D. XVIII, 1: „suae rei emtio non valet“ (Pompon.); vgl. l. 12. pr. D. XX, 5 („creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris“); vgl. Paul. sent. II, 13, 3 („Debitor creditori vendere fiduciam non potest“). Jener Unterschied zwischen Kauf und Tausch ist im a. b. G. B. verwischt. §. 1053 sagt vom Kaufe, er gehöre „wie der Tausch zu den Titeln Eigentum zu erwerben“; §. 1061: „der Verkäufer ist schuldig die Sache nach eben den Vorschriften zu übergeben, welche oben beim Tausch (§. 1047) aufgestellt worden sind.“ §. 1047 spricht von der Pflicht, die Sache „zum freien Besitze zu übergeben“. — Ist nun diese Gleichstellung so zu verstehen, daß der Kauf dem Tausch gleichgemacht wurde oder umgekehrt, d. h. wurde beim Kaufe oder beim Tausche von den einschlägigen gemeinrechtlichen Bestimmungen abgewichen?

Wäre das erstere der Fall, d. h. wäre die Haftung des Verkäufers im österreichischen Rechte gesteigert, so daß er eben so haften müßte, wie nach gemeinem Rechte der Veräußernde nur beim Tausche haftet, — so wäre die Folge, daß der Verkäufer nach österreichischem Rechte sogleich haften würde, sobald der Käufer beweist, daß das Eigentum auf ihn nicht übertragen wurde. [6])

Für diese Annahme ließe sich anführen: 1) der Wortlaut von §. 1053; 2) die Stellung der Eviction im allgemeinen Teil des Obligationen-Rechtes (II. Teil, 17. Hptstck.); 3) §. 923: „wer eine fremde Sache als die seinige veräußert ... der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften“ (ohne daß zwischen bona und

---

[5]) Vgl. die vorige Note, a. E.

[6]) Der Verkäufer würde also nicht mehr „lediglich für Entwerung“ haften; eine der wichtigsten Eigentümlichkeiten des Kaufgeschäftes wäre verwischt. Vgl. über das Eigentümliche des Entwerungsanspruchs beim Kaufe Windscheid, II., §. 392.

mala fides des Verkäufers unterschieden würde); 4) Zeiller's Bemerkung zum §. 923: ... „folglich der Empfänger Gefahr läuft, derselben entsetzt zu werden." (II. Bd., Abt. 1, S. 122.)

Dennoch müssen wir das Gegenteil annehmen, nämlich, daß auch nach österreichischem Recht der Verkäufer erst wegen Eviction haftet,[7]) und der Tausch ihm hierin gleichgestellt ist. Denn: 1) wäre jene andere Normirung unpraktisch, unzweckmässig; 2) in §. 1047 ist der Ausdruck „Eigentum" vermieden; der Ausdruck „freier Besitz" geht auf das „habere licere" und auf die Haftung wegen gänzlicher und teilweiser Eviction; — 3) dies ist um so mehr anzunehmen, als die Fortdauer jener strengeren Haftung beim Tausche selbst für das gemeine Recht nicht unbestritten ist;[8]) — 4) §. 1053 spricht nur von „überlassen"; wenn im folgenden Satze der Kauf „zu den Titeln ein Eigentum zu erwerben" gezählt wird, so ist dabei an den Normalfall gedacht, daß der Verkäufer ein auctor idoneus ist; — 5) in §. 923 ist die Beschränkung auf den Fall der mala fides des Verkäufers zu ergänzen; — 6) auch Stubenrauch (III., S. 98 ff.) bezieht den §. 923 nur auf die Fälle der Eviction und der ädilitischen Klagen des gemeinen Rechts.[9])

Resultat: Auch nach österreichischem Rechte hat der Verkäufer nur das faktische Haben dem Käufer zu verschaffen und zu garantiren. Ersteres geschieht aber durch Uebergabe, durch Verschaffung des physischen Besitzes. Sobald also der Käufer diesen erlangt hat, geht auch bei unbeweglichen Sachen die Gefahr auf ihn über. Diese Entscheidung entspricht so sehr dem natürlichen Rechtsgefühl, daß die meisten österreichischen Schriftsteller — trotz den mit dem

---

[7]) Vgl. über das Verhältniß des preußischen zum gemeinen Rechte, Arndts, Jurist. Wochenschrift v. 1839, S. 401; aber auch Scholz l. c., p. 75 sq. (vgl. hier N. 4).

[8]) S. v. d. Pfordten, Abhandl., S. 294.

[9]) Also nicht auf eine Haftung vor der Eviction; s. insbes. S. 100: „... und diese sohin von dem Eigentümer ... abgestritten ... wird." Nippel (VI., S. 160) hat zwar die unrichtige Bemerkung Zeiller's nachgeschrieben, fügt aber gleich bei: „Wird daher die Sache ... evincirt, so hat der Ueberträger ... den Schaden zu ersetzen." — Richtig ist die Formulirung bei Winiwarter, IV., S. 88, 89.

Satze „casum sentit dominus“ zusammenhängenden Mißverständnissen — dieselbe verteidigen;[10]) so daß sie als herrschende Meinung bezeichnet werden kann.[11])

II. Ebenso gewiß geht aber auch ohne physische Uebergabe die Gefahr der unbeweglichen Sache auf den Käufer über, sobald die Umschreibung im öffentlichen Buche rechtmäßig vorgenommen wurde.[12]) Daß des Verkäufers Verpflichtung nicht auf dare im strengsten Sinne gehe, erkannten wir als eine durch den Verkehr gebotene Abmilderung gegenüber dem ursprünglichen Typus des Kaufes. Wenn aber der Verkäufer durch die Intabulation dem Käufer das Eigentum verschafft, so erscheint dies dare als ein vollständigeres Verschaffen im Vergleiche mit jenem tradere, muß also wie dieses die Gefahr vom Verkäufer abwälzen.

Des Verkäufers Pflicht ist es, Alles zu tun, daß der Käufer die erhaltene Sache auch behalten könne. Mit der physischen Uebergabe verschafft er dem Käufer Besitz und Genuß der Sache und kann sie ihm nicht mehr abvindiciren; dem entsprechend geht die Gefahr auf den Käufer über; dieser kann aber auch noch die Eintragung ins öffentliche Buch begehren.[13]) — Hat der Verkäufer dagegen den Käufer ins Buch gebracht, so kann der Mangel der Uebergabe den Gefahrübergang nicht hindern; der Käufer, der die rechtliche Herrschaft erlangt hat, kann sich sehr leicht auch die physische verschaffen. Die Fälle, wo die Eigentumsübertragung der physischen Uebergabe vorangeht, lassen sich in drei Gruppen bringen:

---

[10]) Freilich mit oft recht schwacher Begründung.

[11]) Vgl. Scheiblein, Vom Kaufvertrage, §. 75, Pratobevera, Materialien, VII., S. 401, Note; Haimberger, a. a. O., S. 349; Winiwarter, IV., S. 256 (der 2. Aufl.); Stubenrauch, III., S. 242, Ellinger, S. 479.

[12]) Winiwarter hat dies in der ersten Aufl. geläugnet, in der zweiten (IV., S. 256, 257) aber seine Ansicht berichtigt; gleichwol hat Stubenrauch (III., S. 242) sich jener früheren Aeußerung Winiwarters angeschlossen.

[13]) Dies folgt nicht etwa aus einer allgemeinen Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen; sondern es folgt 1) aus der Pflicht des Verkäufers, soviel Recht, als er an der Sache hat, auf den Käufer zu übertragen und diesem das Behalten der Sache zu sichern; 2) aus der Einrichtung der öffentlichen Bücher.

1) Die Einräumung des physischen Besitzes wurde zufällig, wegen faktischer Hindernisse, verschoben. Dann übt der Verkäufer regelmäßig für den Käufer die faktische Herrschaft aus; und der juristische Besitz geht durch constitutum possessorium auf den letzteren über. [14])

2) Die Hinausschiebung der Uebergabe geschieht im Interesse des Verkäufers. Die Sache wird ihm (als Precaristen, Commodatar, Pfandgläubiger, Mieter oder Pächter) noch ferner belassen; dann besitzt er eben nicht mehr als Verkäufer; seine Obligation geht nicht auf tradere, sondern auf restituere; ebenso wie der Käufer den creditirten Preis nicht als Käufer, sondern als Darlehennehmer schuldet.

3) Hat der Verkäufer sich Besitz und Gebrauch der Sache durch ein pactum adjectum noch für einige Zeit reservirt, [15]) so ist es Sache der Parteien auch das Nötige über periculum zu bereden; unterließen sie dies, so trägt der Eigentümer die Gefahr; denn es versteht sich gar nicht von selbst, „daß der Verkäufer das periculum trage, weil er sich die commoda vorbehalten hat", [16]) so wenig, als sich dies etwa beim Commodatar versteht. —

Resultat: Nach österreichischem Rechte geht die Gefahr unbeweglicher Sachen auf den Käufer über, sobald dieser in den Besitz derselben gesetzt oder als Eigentümer ins öffentliche Buch gebracht ist. [17]) Also: jenen Erfolg herbeizuführen, dazu genügt jeder der beiden Akte

---

[14]) Doch ist das constitutum possessorium hier nicht, wie sonst, ein Surrogat der Tradition als der Form beim dinglichen Vertrage; denn in unserem Falle kommt die Tradition nur als faktische Leistung in Betracht, nicht als Form des Erwerbvertrages, welche ja hier in der Intabulation besteht. Daher können auch gegen obige Auffassung nicht die Bedenken erhoben werden, welche mit Recht (von Exner, Tradition, S. 143, 144; Goldschmidt, Handbuch d. H. R., S. 609 ff.; u. A.) gegen die zu häufige Annahme des constitutum possessorium erhoben worden sind.

[15]) Welches Verhältniß allerdings den Klagen aus dem Kaufvertrage unterliegen würde.

[16]) S. Winiwarter (in der 1. Aufl.) und Stubenrauch, a. a. O. (s. hier N. 12).

[17]) Dieselbe Entscheidung gibt (jedoch, wie mir scheint, ohne genügende wissenschaftliche Begründung) Haimberger, a. a. O., S. 349, 350.

für sich; oder: keiner von beiden ist dazu unentbehrlich;[18]) mit anderen Worten: die Gefahr geht auf den Käufer über, sobald auch nur einer jener Akte — gleichviel, welcher — vollzogen ist.[19])

§. 23.

Bisher wurde untersucht, wann die Gefahr der gekauften Sache nach österreichischem Rechte auf den Käufer übergehe; nunmehr fragt es sich: worin das Gefahrtragen hier bestehe? Eine solche Frage sollte nach dem in §. 1 gesagten unnötig sein; leider! aber ist sie es für das a. b. G. B. nicht.

Auch nach österreichischem Rechte trägt der Verkäufer zunächst alle Gefahr: sein Schaden ist es, wenn die Sache völlig untergeht (§. 1048) oder bis zur Wertlosigkeit verdorben (§. 1048), oder außer Verkehr gesetzt wird (§. 1048, §. 880), oder — ohne objectiven Untergang — dem Verkäufer so abhanden kommt, daß er sie nicht mehr prästiren kann (§. 1447, 2. Satz). Auch bloße Wertminderungen, die in einer quantitativen oder qualitativen Verringerung der Waare ihren Grund haben,[1]) schaden ihm; und diesen objectiven physischen Veränderungen gleich wirkt jede Belastung (juristische Veränderung), die ohne Schuld und ohne Willen des Verkäufers eintritt (z. B. in Folge eines neuen Steuergesetzes). „Nur in der Art und dem Maße, wie der Schaden von dem Besitzer (= Verkäufer) getragen werden soll, liegt eine Verschiedenheit.“[2])

I. In den zuerst aufgezählten Fällen ist nämlich der Kauf —

---

[18]) Auch der bayerische Entw. (II. Teil, II. Buch, A. 282, Abs. 2) sagt: „Ist eine Liegenschaft dem Käufer im Grund- und Hypothekenbuche zugeschrieben, ehe ihn der Verkäufer in den Besitz der Sache gesetzt hat, so geht die Gefahr des Zufalls mit der Zuschreibung auf den Käufer über.“ —

[19]) Ueber den Fall, wo von zwei Käufern der Eine den Besitz, aber nicht die Intabulirung, der Andere die Intabulirung, nicht aber den Besitz erlangt hat, s. unten beim mehrfachen Verkaufe (§. 53).

[1]) Natürlich aber schaden ihm Wertminderungen nicht, welche bloß in veränderten äußeren Umständen, insbesondere veränderten Marktverhältnissen, begründet sind.

[2]) Zeiller, III. Bd., 1. Abt., S. 344.

wie der nicht glückliche Ausdruck lautet — „für nicht geschlossen anzusehen." (§. 1048.) Der Käufer braucht den Preis nicht zu zahlen, kann beziehungsweise den gezahlten condiciren (§. 1447). Doch braucht in letzterem Falle der Verkäufer keine Zinsen zu zahlen.[3]) Nur im Falle des eigentlichen Pränumerationskaufes müßte (nach dem Wortlaute von §. 1048 und §. 1447) anders entschieden werden.

II. Die Deteriorationen „gehen auf die Rechnung" des Verkäufers, d. h. es findet ein verhältnißmäßiger[4]) Abzug am Kaufpreis statt. Bezeichnet P den unverminderten, p den verminderten Preis, W den Wert[5]) zur Zeit des Vertragschlusses, und w den Wert, den die Sache noch hat, so ergibt sich aus der Proportion $p : P = w : W$, daß der Käufer nunmehr bloß $p = \frac{P + w}{W}$ zu zahlen hat, beziehungsweise die Differenz (P — p) condiciren kann.[6])

---

[3]) Dies ist unzweifelhaft, wenn der Käufer unaufgefordert vorausgezahlt hat; aber wol auch dann, wenn er es auf Ersuchen des Verkäufers tat, da er ihm regelmäßig damit eine Liberalität erweisen wollte und von ihm nichts anderes erwartete, als rechtzeitige Ausfolgung der Sache. (Also kein Gegenstück zu §. 1063, wo die Absicht der Parteien regelmäßig auf ein mutuum geht). Anders ist diese, übrigens praktisch sehr geringfügige Frage, zu beantworten nach dem preußischen Landrechte (§. 109 ff., I., 11).

[4]) Es geht nicht an, etwa den Schaden abschätzen zu lassen und den Betrag vom Preis in Abzug zu bringen.

[5]) D. h. gemeiner Wert, Durchschnittspreis. Die Constatirung dieses Wertes macht oft große Schwierigkeiten; die Stipulirung einer Conventionalsumme wäre hier auch heute noch sehr praktisch.

[6]) Zeiller spricht nur vag von „verhältnißmäßiger Vergütung" (a. a. O., S. 344); Rippel's Zusatz zu dieser Stelle (VII., 1. Abt., S. 155, 156) ist unrichtig. Winiwarter's Bemerkung (a. a. O., S. 253) (ähnlich Stubenrauch, III., S. 240) paßt auf den Spezieskauf nicht und beruht auf derselben Unklarheit, wie §. 932 (vgl. die treffende Bemerkung in den Entscheid. des königl. preuß. Obertrib., XI. Bd., S. 247). — Richtig, doch zu vag, Ellinger, S. 478. — Vgl. zu dem im Text g.sagten noch §. 730 des Civil-Code (Entwurf) of the State of New-York: „ratable proportion of the consideration, to which he would have been entitled upon full performance according to the benefit, which the creditor receives from the actual performance."

III. Wenn aber der Kaufgegenstand „zufälliger Weise ... über die Hälfte am Werte zu Grunde gerichtet" wird, so ist der Kauf, „für nicht abgeschlossen anzusehen". (§. 1048.) Dieser völlig willkührliche Satz ist ohne Vorgang und blieb meines Wissens auch ohne Nachfolge. Weder im römischen, noch im germanischen, weder im französischen, noch im preußischen Recht findet sich etwas Aehnliches.[7]) Kein historischer Grund, kein praktisches Bedürfniß, nicht einmal eine abstracte juristische Schulregel spricht für diese völlig verfehlte Bestimmung. Die in §. 1048 und §. 1049 gemachte Unterscheidung ist eine willkührliche, ungerechtfertigte.

Zeiller[8]) — dessen Commentar uns die nie veröffentlichten Motive zum a. b. G. B. ersetzen muß — bemerkt zu §. 1048: „Der andere Teil ist an sein Versprechen, da die Bedingung unter der er es gemacht hat [§§. 804[9]) und 934] ganz oder doch größtenteils wegfällt, weiter nicht gebunden;" — und zu §. 1049: „Andere zufällige Verschlimmerungen von minderer Art ... berechtigen ... den anderen Teil nicht, von dem Vertrage abzugehen ... weil keine wesentliche, den Hauptgegenstand und die Hauptabsicht vereitelnde Veränderung vorgegangen ist [§§. 872[10]) und 934]."

Diese Bemerkungen, welche die auch der Formulirung nach verfehlten[11]) §§. 1048, 1049 weder von dem Vorwurfe der Willkührlichkeit zu bewahren,[12]) noch überhaupt zu rechtfertigen vermögen, lassen doch den Gedanken erraten, der jenen §§. zu Grunde liegt.

Die Redactoren des a. b. G. B. argumentirten wol so:

---

[7]) Die allerdings auch sehr verunglückten §§. 378 ff. (I., 3) des a. L. R. dürfen nicht hieher gezogen werden. Vgl. Förster, I., S. 500 ff.

[8]) III. Bd., 1. Abt., S. 344, 315.

[9]) Offenbar ein Druckfehler, vielleicht §. 304?; wahrscheinlicher noch §. 864; vgl. die später im Text citirte Stelle aus Zeiller's Natürl. Priv. R.

[10]) Ein wunderliches Allegat! §. 872 spricht vom error in objecto bei der Vertragschließung!

[11]) „Für nicht geschlossen anzusehen;" — offenbar wollte man ja doch nur dem Käufer „das Recht vom Vertrage abzugehen" einräumen! (Vgl. das Berner Gesetzb., Satz. 808).

[12]) Denn, ob die „Hauptabsicht" des Käufers vereitelt wird, ist lediglich eine quaestio facti.

1) „Die Verbindlichkeit zur Erfüllung von der einen Seite setzet das Vermögen und die Bereitwilligkeit zur Gegenleistung von der anderen voraus.“ [13])

2) Eine Sache, die mehr als die Hälfte ihres Wertes eingebüßt hat, ist überhaupt nicht mehr dieselbe Sache; [14]) darum muß eine solche Entwertung völligem Untergange gleichgestellt werden. Und zu diesem Gedanken wurden sie durch die entstellte Lehre von der laesio ultra dimidium verleitet, [15]) mit welcher, wie die so verkehrte

---

[13]) S. Zeiller's Natürl. Priv. R., §. 129, 4), und dazu Egger's richtige Bemerkung über die Natur entgeltlicher Verträge (Natürl. Pr. R., S. 218). Vgl. hier N. 9).

[14]) Vgl. L. Stein, Die Entwährung (VII. Teil der Verwaltungslehre, 1868), S. 331: ... „daß der Begriff „des Ganzen“ nicht in dem Umfang und der Substanz des Gutes, sondern in seinem Werte zu suchen ist. Wird der Wert des Gutes um die Hälfte verringert, so ist es wirtschaftlich schon nicht dasselbe Gut mehr ...“ Scheiblein, Kaufvertrag, II., S. 35: „das Ganze bleibt noch immer dasselbe, wenn es ... nicht über die Hälfte am Werte verändert worden ist.“ — Vergeblich sucht man in Naturrechtsbüchern aus jener Zeit nach ähnlichen Aeußerungen; und die verkehrten Bestimmungen des §. 1048, wie des §. 934 sind um so auffallender, als das Naturrecht für sie keinen Anhaltspunkt bot. Für §. 1048 schon darum nicht, weil das Naturrecht den Eigentums- und Gefahrübergang anders normirt haben wollte (s. Zeiller, §. 109, §. 132); für §. 934 nicht, weil das Naturrecht die laesio enormis nie anerkannte [s. Zeiller, §. 128, §. 129 u. Note *)], und selbst gegen den Mißbrauch mit der „clausula: rebus sic stantibus“ sich aussprach (K. H. v. Gros, Lehrb. des Naturrechts, §. 232).

[15]) Wegen dieses Zusammenhanges sei es gestattet, die Geschichte dieser an seltener Verwirrung der Motive leidenden Lehre kurz vorzuführen. Diocletian und Maximian erlaubten (l. 2, l 8. Cod. IV, 44) dem Verkäufer, der ein Grundstück für weniger als die Hälfte des wirklichen Wertes verkauft hatte, das Geschäft zu rescindiren, wenn der Käufer nicht bereit ist „quod deest iusto pretio“ (l. 2 cit.) nachzuzahlen. Annahme einer Zwangslage, vielleicht auch Rücksicht auf den Schutz des kleineren Grundbesitzes scheinen die Motive gewesen zu sein. Dem Käufer gewährten sie das Rechtsmittel nicht, weil bei ihm jene Gründe nicht zutreffen, und er überdies die actio quanti minoris hat, wenn er einen entschuldbaren Irrtum nachweist. — Einem Billigkeitsgefühl, der ethischen Mißbilligung des Uebervorteilens folgend, dehnte die Praxis dieses Rechtsmittel — das keinen anderen Beweis, als den der Unverhältnißmäßigkeit von Leistung und Gegenleistung erfordert — nicht nur auf alle beweglichen, wie unbeweglichen Sachen aus und gewährte es auch dem Käufer. Endlich kam man so weit, Rescission wegen laesio

Verweisung auf §. 934 beweist, unsere §§. zusammenhängen.[16]) — Wie aber jener Satz an sich eine petitio principii ist, so besteht auch nicht die geringste Analogie zwischen §. 934 und §. 1048, weder in den Voraussetzungen, noch in den praktischen Folgen. Der §. 934 hat zur Voraussetzung ein Mißverhältniß der Leistungen im „Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes"; §. 1048 handelt von einem *später zufällig* eintretenden Mißverhältniß; und keines der Motive, die für §. 934 maßgebend sein konnten [vermuteter Irrtum,[17]) Notlage, Wucher], kann auf §. 1048 angewendet werden. — Auch wird in §. 934 dem Verkäufer gestattet, durch eine Preisminderung das Geschäft aufrecht zu erhalten, warum nicht auch im §. 1048? — Zudem ist diese laesio ultra dimidium ex post[18]) ein um so ärgeres Unding, als der Käufer schon durch §. 1049 vollkommen geschützt ist! —

Wann hat §. 1048 Anwendung? — *Nicht* etwa dann, wenn

---

enormis „bei allen Verträgen auf Leistung und Gegenleistung von bestimmtem Werte" für zulässig zu erklären (s. das Nähere, *Seuffert*, Prakt. Pand. R., II., §. 272). Dabei wurden die verschiedensten Motive: — Zwang durch Notlage, vermuteter Irrtum, Wahrscheinlichkeit eines Betruges, Rücksicht auf die Wuchergesetze — beständig durcheinander gemengt. Die Verfasser des *preußischen Landrechts*, dem ganzen Institute mit Recht abhold, beschränkten es wieder auf den Kauf; und von der Vermutung eines *Irrtums* über den wahren Wert der Sache ausgehend, versagten sie es dem Verkäufer (denn dieser müße den Wert seiner Sache kennen — ! —), so die römische Norm geradezu umkehrend. Doch ist Gegenbeweis zulässig (§§. 59 ff., I, 11). — Der *Code Nap.* schließt sich dagegen dem römischen Rechte an, dasselbe noch beschränkend (über 7/12; nur 2 Jahre); es gewährt das Rechtsmittel dem Verkäufer „d'un immeuble" (a. 1674) und versagt es ausdrücklich dem Käufer (a. 1683). (Vgl. hiezu *Gönner's* Arch. f. Gesetzg., II. Bd., XX.). — Das a. b. G. B. hat, trotz diesem Vorgange, und trotz dem Widerspruche des Naturrechts (s. hier N. 14) die Rescission wegen laesio enormis in der weitesten Auffassung angenommen.

[16]) Fast sämmtliche Commentatoren beziehen sich auf §. 934.

[17]) Dies Motiv, welches aus §. 935 hervorleuchtet, erwähnt auch *Zeiller* zuerst, dann Zwangslage, dann Wucher (III. Bd., 1. Abt., S. 144).

[18]) Etwas derartiges muß *Winiwarter* vorgeschwebt haben, da er (IV., S. 252) sagt: „Ferner ist dem gänzlichen Untergange eine Verschlimmerung, durch welche die Sache über die Hälfte ihres Wertes verloren hat gleichzusetzen, weil das Mißverhältniß des Wertes in diesem Maße sogar zur Aufhebung des schon vollzogenen Vertrages berechtigte (§. 934)." (!!) —

die Waare nicht mehr die Hälfte der Kaufsumme wert ist,[19]) sondern wenn sie mehr als die Hälfte ihres ursprünglichen Wertes[20]) verloren hat.[21]) Wäre aber jener Wert nicht mehr zu ermitteln, dann müßten sich die Parteien gefallen lassen, daß der Kaufpreis bei der Berechnung zu Grunde gelegt wird, um so mehr, als ihnen der Preis damals als Aequivalent der Waare galt. Doch steht es dem Verkäufer, der das Geschäft aufrecht erhalten will, frei, einen größeren Wert zu erweisen, und ebenso kann der zurücktretende Käufer erweisen, daß der Wert geringer war, als der Preis.[22])

§. 24.

Das österreichische a. b. G. B. behandelt die mehreren unter einem Preise befaßten Gegenstände beim Aversionalkauf als ein Ganzes, als eine Waare.[1]) Daher hat der Käufer wegen des Untergangs einzelner Stücke kein Rücktrittsrecht, wenn nicht das ganze Object untergeht oder „über die Hälfte am Werte verändert" wird (arg. §. 1049). Dies ist consequent. Daß aber der Käufer wegen geringerer Entwertung des Gesammtobjectes keine Preisminderung verlangen darf (§. 1049), ist ganz inconsequent.[2]) Dabei schwebte den Verfassern vor, daß „der (Käufer) dabei nicht auf die volle Zahl, oder die gute Beschaffenheit aller einzelnen Stücke Rücksicht nimmt und durch die Erhaltung des größten Teiles gewöhnlich für den von

---

[19]) Zu dieser Ansicht könnte man durch die Verweisungen auf §. 934 verleitet werden.

[20]) D. h. des Wertes, den die Waare zur Zeit der Vertragschließung hatte.

[21]) Dafür spricht auch die Analogie der Berechnung bei teilweiser Eviction. — Uebereinstimmend Scheiblein, Kaufvertrag nach d. österr. Gesetzb. (1819), II., S. 27 ff. Die Commentatoren übergehen diese Frage mit Stillschweigen.

[22]) Beide Beweise können immerhin möglich sein, auch wenn man nicht mehr den wirklichen Wert auszumitteln vermag. Dann wird der der beweisführenden Partei günstigste (höchste oder niedrigste) Betrag zu Grunde gelegt, den sie noch zu erweisen vermag, oder den der Gegenteil zugibt.

[1]) Vgl. Scheiblein, Kaufvertrag, II., S. 35.

[2]) Der Grund, den Scheiblein (l. c.) dafür angibt (s. hier, §. 23, N. 14), würde gegen den ersten Satz des §. 1049 sprechen.

ihm gegebenen Wert noch immer entschädigt wird".[3]) Das trifft wol in den meisten Fällen zu, die man im gewöhnlichen Leben „Kauf in Bausch und Bogen" oder „Kauf einer Sache, wie sie steht und liegt" zu nennen pflegt, keineswegs aber für die Mehrzahl der weit zahlreicheren Fälle, die der Jurist unter dem ersteren Namen befaßt.

Also auch diese dem gemeinen Rechte fremde Distinction des a. b. G. B.[4]) erweist sich als ebenso ungerechtfertigt,[5]) wie die beiden anderen.[6]) —

Uebrigens sind die Sätze über periculum beim Kaufe auch im österreichischen Recht nur dispotiver Natur, was in §. 1051 anerkannt ist.[7])

§. 25.

Sog. Transportgefahren.[1])

Wenn der Käufer die gekaufte Waare selbst fortschafft,[2]) trägt natürlich der Verkäufer keine Gefahr mehr,[3]) da ja in solchem Falle

---

[3]) Zeiller, a. a. O., S. 345. Vgl. hier §. 18 a. E. und N. 6.

[4]) Nämlich die zwischen periculum beim Aversionalkauf und periculum bei anderen Spezieskäufen.

[5]) Uebrigens wird der §. 1049 dem Käufer doch gerechter, als §. 117 des a. L. R. (I, 11).

[6]) Nämlich die Unterscheidung: ob eine Zeit für die Uebergabe bedungen ist oder nicht, und die Unterscheidung: ob die Wertminderung mehr oder weniger als die Hälfte des ursprünglichen Wertes beträgt.

[7]) In den Worten: „insofern die Parteien nicht etwas anderes festgesetzt haben." —

[1]) Die Frage interessirt eigentlich nur vom sachenrechtlichen Standpunkt. Die sog. Transportgefahren sind keine eigentümlich qualificirten Gefahren (vgl. Fd. v. Hahn, Comment. zum d. H. G. B., II., S. 219, §. 9) und die Ausscheidung einer eigenen Art von Käufen unter dem Namen „Distancekauf" ist mehr als entbehrlich. — Nach französischem Recht trägt beim Spezieskauf immer der Käufer die Gefahr des Transportes, es wäre denn ausdrücklich anders verabredet. S. Devilleneuve et Massé (sub verbo: „vente commerciale", n°. 124 bis).

[2]) Gleichviel: wie und durch wen?

[3]) Ob sie der Käufer trage oder Jemand Dritter, ist quaestio facti und hier irrelevant.

über die vorangegangene Tradition kein Zweifel sein kann. Ebenso gewiß geht dagegen der Transport auf des Verkäufers Risico, wenn er die Waare zu bringen sich verpflichtet hatte. Die Frage nach den Transportgefahren[4]) wird erst wichtig, wenn der Verkäufer die Waare dem Käufer zu senden hat; und da von der Haftung der Mittelpersonen hier abgesehen werden muß, reducirt sich die Frage darauf: in welchem Momente ist die Tradition vollzogen? Antwort: sogleich mit der Uebergabe an die den Transport besorgende Person,[5]) wenn diese vom Käufer mandirt ist oder für ihn negotia geriren will; wenn sie aber im Auftrag oder Interesse des Verkäufers handelt, dann ist die Tradition erst mit der Uebergabe an den Käufer[6]) vollzogen. — Sehr oft aber haben die Parteien (und noch öfter die Mittelpersonen) keine klare Vorstellung von diesen Verhältnissen und daher auch keine bestimmte Willensmeinung. Für solche Fälle bestimmt §. 429 des a. b. G. B.: „In der Regel werden überschickte Sachen erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Uebernehmer erhält", d. h. im Zweifel gelten die Transportpersonen als eine Verlängerung der gebenden und nicht der nehmenden Hand. Der §. 429 ist nicht zu billigen. Mit der Tradition geht die Gefahr über; wann trabirt sei, beantworten die allgemeinen Grundsätze. Und mag immerhin der erste Satz in §. 429 als Interpretationsregel aufgestellt werden, der Nachsatz („es wäre denn, daß dieser (der Käufer) die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte")[7]) ist jedenfalls verfehlt; die

---

[4]) Aus der unerquicklichen Literatur über diese Frage sind zu erwähnen: Hommel Rhaps. obs., p. 608, 689. Struben, rechtl. Bedenken, II, S. 75; Heise, Handelsr., §. 15; Treitschke, Beitr. z. L. v. Speditionsgeschäft, S. 49; Kritz, Rechtsfälle, IV., S. 319; Samhaber, „Wer hat die Gefahr bei Versendung bestellter Waaren zu tragen?" in Linde's Ztschft. f. Civ. R. u. Pr., XIII., S. 291, 292, — ein Aufsatz, an dem nur die Kürze (2 Seiten!) zu loben ist. Treitschke, Kaufcontract (2. Aufl.), S. 304. — Ob in der Frankirung einer Waarensendung die Uebernahme der Transportgefahren enthalten sei? Malß, ausgewählte Gutachten, S. 25; Goldschmidt's Ztschft., II., S. 627; Busch, Archiv, II., S. 181. —

[5]) Spediteur, Frachtführer, Schiffer u. s. w.

[6]) Dabei ist natürlich nicht notwendig an ein persönliches Einhändigen zu denken.

[7]) Zeiller (II. B., 1. Abt., S. 227) ergänzt: „vormals genehmiget" und

Folge einer solchen besonderen Weisung sollte doch nur die sein, daß der Käufer allen Schaden trägt, der erweislich gerade in Folge der besonderen verlangten Versendungsart eintritt. Nach österreichischem Rechte geht aber in solchem Falle, wenn der Verkäufer den Auftrag befolgt hat, alle Gefahr sofort auf den Käufer über. Dies ist um so gewisser, als der §. 429 gerade mit Rücksicht auf den Gefahrübergang abgefaßt ist. Dies hat Unger[8]) überzeugend ausgeführt.

§. 26.

e) Anhang.

Eine Geschichte des periculum beim Kaufe wäre nicht ohne einiges Interesse, liegt aber außerhalb des Plans dieser Schrift. Sie

---

sieht darin eine Bevollmächtigung der Transportperson! Nun ist es aber unrichtig, daß in der Benennung der letzteren schon notwendig ein Mandat zur Entgegennahme enthalten sei (s. Goldschmidt, Handbuch des H. R., I. B., 2. Abt., S. 623 u. N. 27). Daß aber die Bezeichnung der Uebersendungsart mit jenem eben erwähnten Falle „auf das Nämliche hinausläuft", wird Zeillern Niemand glauben. Eher könnte für die Verfasser des b. G. B. die Erwägung bestimmend gewesen sein, daß der Verkäufer ohne eine solche Weisung in anderer Art verschickt haben würde, und dabei vielleicht der Unfall vermieden worden wäre. Daß aber der Schutz des Verkäufers keine so weitgehende Anordnung erfordere, darüber s. d. Text. — Wenn aber die Redactoren vielleicht in jeder die Transportart betreffenden Weisung oder gar Genehmigung die Erklärung erblickten, daß der Käufer die Transportgefahren übernehme, — so wäre dies eine ganz ungerechtfertigte Interpretationsvorschrift. —

[8]) Der revidirte Entw. e. bgl. Gesetzb. f. Sachsen (1861), S. 103—106. Ihm hat sich Exner (Rechtserwerb durch Tradition, S. 146—151) angeschlossen. — Doch muß erinnert werden, daß die Tradition, auch ganz abgesehen von dem Satze: casum s. dom., als der entscheidende Zeitpunkt sich verteidigen läßt; und wenn die beiden Schriftsteller (von dem Gedanken ausgehend, daß die Tradition nur als Eigentum verschaffender Act für das periculum wichtig sei) behaupten: daß hier ein Eigentumsübergang ohne Besitzübergang stattfinde (Unger, S. 104), daß der gefahrtragende Eigentümer nicht sofort die Vorteile des Besitzes erlange (Exner, S. 150, 151) — so scheint mir dies erstens ein innerer Widerspruch (vgl. Jhering, Beitr. z. L. v. Besitz, S. 122—124, 132—135) und zweitens deutet die Stellung des §. 429 offenbar auf eine Modification der Traditionslehre hin. (§. 427 symbol. Trad., §. 428 const. poss. und brevi m. trad., §. 429 trad. inter absentes.) Vgl. auch Randa, Besitz, S. 129.

würde u. A. Material liefern für eine Geschichte der Reception des römischen Rechts; eine solche zu schreiben wird — wenn überhaupt jemals — erst dann möglich sein, wenn die Geschichte aller einzelnen Institute ergründet sein wird. In diesem Falle würde es sich darum handeln, zu erforschen,[1]) wo und wie lange sich das germanische Prinzip behauptet hat, beziehungsweise wo, wann und mit welchen Mitteln[2]) sich die römischen Sätze Eingang verschafft haben.[3]) Doch muß man sich da hüten vor raschen Schlüssen auf ein verändertes Rechtsbewußtsein, indem an den „Landes-Ordnungen" und manchen andern Gesetzen vergangener Jahrhunderte das volkstümliche Rechtsbewußtsein oft schon so unschuldig war, wie an manchen neuen Gesetz-Arbeiten. Die Zusammenstellung und Vergleichung der letzteren hat darum auch nur ein untergeordnetes historisches Interesse; der Wert solcher Arbeiten besteht teils in der Darstellung geltenden Rechtes, teils in der Herbeischaffung des Materials für legislative Kritik. — In letzterem Sinne mögen hier einige Proben aus neueren gesetzgeberischen Arbeiten aufgeführt werden:

1) Da die Gesetzbücher der meisten romanischen Völker[4]) sich sclavisch an den Code Napol. halten, so bieten sie nichts Interessantes. Dagegen hat sich

2) das niederländische burgerlijk wetboek in der Lehre vom Erwerb des Eigentums von der französischen Theorie emancipirt, indem es die Tradition wieder zu Ehren brachte (vgl. Exner, S. 305, N. 57). Wenn es dann den römischen Satz über periculum scharf

---

[1]) Ob übrigens die außerordentliche Mühe, die das Durchforschen unzähliger Statuten, Rechtsbücher, Gesetze u. s. w. gibt, sich bei einer so begrenzten Frage verlohnen würde, ist mehr als zweifelhaft.

[2]) Insbesondere Einfluß der Schüler Bologna's auf Doctrin, Praxis und Gesetzgebung.

[3]) Eine einzelne Notiz möge hier ihre Stelle finden. In Polen war diesfalls das römische Recht recipirt; s. Nic. Zalaszowski, Jus regni Poloniae (Posnaniae 1699, Varsaviae 1742), (Tom. II., p. 312); er beruft sich auf die Autorität mehrerer polnischer Rechtsgelehrten (Przyluscius, Zawadzki, Lipski) und sagt später: „Et hanc sententiam et opinionem Doctorum amplexa est Curia nostra regalis."

[4]) So wie die einiger halbcivilisirter Völker.

hinstellt (a. 1496: „Indien de verkochte zaak in en zeker en bepaald vorwerp [5]) bestaan, is dezelve, van het oogenblik van het koop af, vor rekening van den kooper, hoewel de levering nog niet hebbe plaats gehad, en heft de verkooper het regt om den prijs te vorderen) —; so ist diese Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte eine vollständige, während die des französischen Rechtes nur eine äußerliche Uebereinstimmung im Resultate ist.

3) Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich hat (obwol von einem Germanisten redigirt!) die beiden singulären römischen Sätze beibehalten. Daß beide abgemildert sind, ist keine Verbesserung; solche Mittelwege sind prinziplose Halbheiten und beeinträchtigen die leichte und sichere Anwendbarkeit des Gesetzes durch Verwischung der scharfen Grenzen. Die Abmilderung besteht rücksichtlich des einen Satzes in den Worten des §. 1438: „sobald der Kaufvertrag vollendet (perfect) erscheint und die Sache so zur Verfügung des Käufers steht, daß dieser sie beliebig zur Hand nehmen kann;" [6]) bezüglich des andern Zwölftafelsatzes in den Worten des §. 1442: „Läßt aber der Verkäufer die Forderung des Kaufpreises nach der Uebergabe der Waare längere Zeit (?) anstehen, so wird angenommen, er habe dem Käufer creditirt."

4) Das bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen (von 1863) ist in dieser Materie völlig von der Wächter'schen Abhandlung beeinflußt. Nur steigert sich die Singularität des römischen Satzes hier zur Prinzipwidrigkeit. Man vergleiche nur §. 1071, §. 866, und §. 870. — §. 866 [7]) gibt die römische Norm mit dem Zusatz, „sofern nicht besondere Gründe die Annahme des Gegenteils rechtfertigen", — welcher wol keine Verbesserung ist! §. 868 hebt ausdrücklich hervor, was schon aus §. 866 folgt, — abermals ein Argument gegen die Selbstverständlichkeit des Resultates.

5) Der hessische Entwurf hat das germanische Prinzip (s. hier §. 13).

---

[5]) Eine gute Bezeichnung für species.

[6]) Hiedurch ist, wie mir scheint, der Rabulisterei ein fruchtbares Feld eröffnet.

[7]) „Veräußerung einer dem Stücke nach bestimmten Sache" ist eine verunglückte Umschreibung für „Veräußerung einer Spezies".

6) Ebenso der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für Bayern. Das Prinzip steht im II. Teil, A. 119; die Anwendung auf den Kauf wird gemacht in A. 282. Ueber Deteriorationen s. A. 120, Abs. 3.

7) Das würtembergische Recht hat sich dem römischen angeschlossen. [8])

8) Dagegen steht das Civilgesetzbuch für Bern (von 1824) auf dem Boden des germanischen Rechtsbewußtseins. Satzung 808: [9]) „Geht der Kaufgegenstand vor der Uebergabe desselben durch Zufall zu Grunde, ... so fällt ... der Vertrag dahin." Satzung 1024: „Hat der Schuldner von dem Gläubiger einen Gegenwert für die untergegangene Sache oder für die unmöglich gewordene Leistung empfangen, so muß der erstere dem letzteren dafür wie ein redlicher Besitzer Rechnung tragen." Ueber Verschlechterung sagt Satzung 808: „Wenn der Kaufgegenstand vor der Uebergabe ... durch einen Zufall bedeutend beschädigt (wird), so ... hat der Käufer das Recht von dem Vertrage zurückzutreten." Es läßt sich vom Standpunkt der Praxis hiefür Manches sagen; doch scheint bei dieser Bestimmung einigermaßen auch die veraltete Theorie von der clausula rebus sic stantibus [10]) nachgewirkt zu haben. Besser ist jedenfalls A. 120 (im II. Teile) des bayerischen Entwurfes, der „verhältnißmäßigen Abzug [11]) anordnet, und außerdem dem Gläubiger (hier Käufer) das Recht einräumt: „vom Vertrage abzugehen, wenn anzunehmen ist, daß er denselben nicht eingegangen hätte, falls die Unmöglichkeit der vollständigen Erfüllung schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorgelegen wäre." Die Römer selbst hätten, von unserem Standpunkt aus, wahrscheinlich ebenso entschieden (arg.: l. 58. D. XVIII, 1, Papinian). [12])

---

[8]) S. Dr. A. L. Reyscher, Würtembergisches Priv. R. (2. Aufl.), II., S. 267. — Es ist bemerkenswert, daß, wie schon erwähnt, der römische Satz bereits in den Schwabenspiegel Eingang gefunden hatte.

[9]) Dazu die Bemerkung von Dr. S. L. Schnell, (III. Bd., S. 146).

[10]) Vgl. Förster, Preuß. Pr. R., I., S. 500, 501.

[11]) Vgl. hier §. 23, N. 6.

[12]) Vgl. bezüglich der Miete: a) Rücktrittsrecht, wenn Gebrauch unmöglich oder sehr erschwert (l. 25. §. 2. D. XIX, 2); b) Abzug, beziehungs-

9) Der Dresdener Entwurf stimmt mit dem bayerischen im wesentlichen völlig überein. Es ist gewiß ein schwerwiegendes Zeugniß für das in diesem Punkte unverwüstliche germanische Rechtsbewußtsein, daß die drei bedeutendsten neueren Entwürfe bürgerlicher Gesetze demselben Ausdruck geben, so vielfach gerade in letzterer Zeit das römische Prinzip vertheidigt worden ist.

Die entscheidenden Sätze [13]) des Dresdener Entwurfs mögen hier statt einer abschließenden Zusammenfassung ihren Platz finden. — A. 276 (nach späterer Bezifferung A. 287): „Ist dem Schuldner ohne eine von ihm zu vertretende Verschuldung (durch Zufall) die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich geworden, so wird er von seiner Verbindlichkeit befreit und hat dem Gläubiger für den daraus entstandenen Schaden nicht zu haften, es wäre denn, daß Gesetz oder Vertrag etwas Anderes bestimmten. Dagegen hat der Schuldner, wenn die Verbindlichkeit eine gegenseitige ist, keinen Anspruch auf die Gegenleistung und muß, falls er die letztere bereits empfangen hat, das Empfangene zurückgeben." A. 277 (später A. 288): „Ist dem Schuldner durch einen Zufall die Erfüllung der Verbindlichkeit teilweise unmöglich geworden, oder kann die Leistung wegen eines Zufalles nur in einer schlechteren Beschaffenheit erfolgen, so beschränkt sich die Verbindlichkeit des Schuldners auf die noch mögliche Leistung. Bei gegenseitigen Verträgen ist der Gläubiger berechtigt, an der Gegenleistung einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen oder auch von dem Vertrage abzugehen, wenn anzunehmen ist, daß er denselben nicht geschlossen haben würde, falls ihm schon zur Zeit des Vertragsschlusses bekannt gewesen wäre, daß die Leistung nicht vollständig oder nicht mehr in der damals vorausgesetzten Beschaffenheit erfolgen könne." [14]) —

---

weise teilweiser Rücksatz wegen erheblicher Mängel (l. 25. §. 2 cit, l 27. pr. eod.); c) keine Berücksichtigung fanden unerhebliche Mängel, kleine vorübergehende Belästigungen (l. 27. pr. cit.).

[13]) A. 451 enthält die Anwendung derselben auf den Kauf. Der andere Zwölftafelsatz ist ausgeschlossen durch A. 450.

[14]) Die Fassung dieses Schlußsatzes ist nicht ganz gut geraten.

f) Handelsrecht.

§. 27.

Die unselbständige Natur des Handelsrechtes, das kein streng abgegrenztes Gebiet hat [1]) und aus dem Zusammenhang mit dem allgemeinen Privatrecht herausgerissen, gar nicht verstanden werden könnte, bringt es mit sich, daß man bei einem Handelsgesetzbuch gar nicht nach Vollständigkeit streben kann, und darum hat insbesondere das IV. Buch unseres Handelsgesetzbuches einen so fragmentarischen Charakter. [2]) So enthält es über das periculum beim Kaufe eigentlich nur den einzigen A. 345, und dieser ist leider! kein gelungener. Er lautet zwar allgemein genug, um auf Spezies- wie auf Genuskäufe anwendbar zu erscheinen; aber er handelt nur von Transportgefahren, enthält also keine Norm für gewöhnliche Spezieskäufe, bei denen kein Transport zur Realisirung erforderlich ist. Zwar ist die Tendenz dieses im Interesse der Kaufleute [3]) abgefaßten A. 345 unzweifelhaft der, „einen Zeitpunkt festzusetzen, von welchem an spätestens die Gefahr der Waare auf den Käufer übergeht;“ [4]) aber er hat diesen Zeitpunkt nur bei Versendung [5]) der Waaren fixirt; in allen übrigen Fällen bleibt das bürgerliche Recht (also in Oesterreich das a. b. G. B.) für den Spezieskauf maßgebend (A. 1 des Handelsgesetzbuches). [6]) Nur der §. 429 ist für diejenigen Käufe, die (nach A. 271, Z. 1, 2; A. 273, A. 274) Handelsgeschäfte sind [7]) durch den A. 345 ersetzt.

---

[1]) Es ist keine Spezialität in dem Sinne, wie etwa das Bergrecht, oder das Lehenrecht. Vgl. Goldschmidt, Handb., §. 37.

[2]) S. Beratungs-Protokolle, S. 615.

[3]) Da sie öfter als Verkäufer, denn als Käufer erscheinen.

[4]) F. v. Hahn, Comm. z. A. D. H. G., II., S. 214; vgl. A. 345, Abs. 3.

[5]) Vgl. Voigtel, Arch. f. D. H. R. von Busch, VI., S. 252.

[6]) „Einzelne, das bürgerliche Recht modificirende Sätze des H. R. schließen die Normen des brgl. R. nur insoweit aus, als die gewollte Modificirung erkennbar reicht.“ (Goldschmidt, Handb., I., S. 267, 268).

[7]) Für Handwerkskäufe dagegen bleibt §. 429 in Kraft (A. 273, Abs. 3. Dazu Thöl, I., §. 62, c). Bei der Nichtübereinstimmung der deutschen Parti-

Dieser hat folgenden Inhalt: 1) Regelmäßig trägt der Käufer die Gefahr, sobald der Verkäufer die Waare der den Transport besorgenden Person übergeben hat.[8]) — 2) Der Verkäufer haftet, wenn er ohne Not in anderer Art versendet, als der Käufer es verlangt hat, für allen Schaden, der aus dieser Nichtbefolgung der Anweisung des Käufers entsteht.[9]) — 3) Der Verkäufer trägt die Gefahr des Transportes nach dem vertragsmäßigen Erfüllungsort.[10]) — 4) Uebernimmt der Verkäufer die Kosten oder Auslagen der Versendung nach einem Orte,[11]) so darf das nicht dahin interpretirt werden, daß er dort zu erfüllen sich verpflichte, also die Gefahren bis hin übernehme. — 5) Bestehendes, wie auch später entstehendes Civilrecht soll, sofern es dem Verkäufer noch günstiger ist, als A. 345, durch diesen nicht ausgeschlossen werden.

Für alle Fälle, die nicht unter A. 345 subsummirt werden kön-

---

kulargesetze wird es gerade bei dieser Frage recht fühlbar, wie bedenklich jene Ausnahme ist; über die Entstehungsgeschichte s. Protokolle, S. 513, 514, 528—531, 541—543, 1297—1299.

[8]) Vgl. F. v. Hahn, a. a. O., §. 5.

[9]) Vgl. Hahn, a. a. O., §§. 6—8; mit Recht wird dort gesagt, daß dieser Satz nicht hierher, sondern zu A. 344 gehört, daß die Verbindung mit „jedoch" incorrect ist, „da Einstehen für culpa keinen Gegensatz zum Nichttragen des periculum bildet." (S. 215, N. 2.)

[10]) D. h. der Zielort des Transportes muß erweislich als Erfüllungsort zu gelten haben.

[11]) Dergleichen Verabredungen (oft mit Formeln, wie: „Fracht frei", „gegen Francofracht" u. dgl., ausgedrückt) haben gewöhnlich den Sinn, daß der Käufer sicher sein wolle, wie viel ihn die Waaren „bis loco" kosten werden. Zusammen mit anderen Indizien können sie allerdings zu dem Schluß berechtigen, daß der Verkäufer die Transportgefahren übernommen habe. — Es ist ein Nachteil des kaufmännischen Styles, daß bei dem übermäßigen Streben nach Kürze die Klarheit der Verträge leidet. Solche Kürze ist um so gefährlicher, je größeren Nachteil eine falsch gewählte Formel bringen kann. Ein Beispiel: Waaren gingen bei der Versendung aus einem Hafen in den anderen unter. Verkäufer hatte „frei hier" zu liefern versprochen, und behauptete hinterher, damit nur „Francofracht" gemeint zu haben. Das Commerzcollegium zu Königsberg aber entschied, daß nach kaufmännischem Sprachgebrauch „hier" den Erfüllungsort bedeute; Verkäufer mußte die Havarie tragen. S. Busch, Arch. f. Theorie u. Pr. des a. d. H. R., II., S. 181; vgl. Centralorgan, III., S. 70.

nen, gilt das a. b. G. B.[12]) Ist es auch zuzugeben,[13]) daß durch das H. G. B. keiner der beiden singulären römischen Sätze in den Ländern des gemeinen Rechtes ausgeschlossen werden sollte,[14]) so kann doch nicht zugegeben werden, daß das römische Recht in dem Sinne Grundlage für das Handelsrecht geblieben ist, daß es zur Ergänzung des H. G. B. dienen könnte;[15]) vielmehr ist dieses durch das betreffende „Partikularrecht" zu ergänzen (s. A. 1). Es hat also in allen nicht in A. 345 normirten Fällen in Oesterreich bei den Grundsätzen des a. b. G. B., in Preußen bei denen des allgemeinen Landrechtes[16]) u. s. w. sein Bewenden.[17])

Anders stünde die Sache, wenn das H. G. B. ein allgemeines Prinzip ausgesprochen hätte.[18]) Wenn Fd. v. Hahn[19]) das Prinzip herauslieſt: Der Käufer solle die Gefahr tragen von dem Zeitpunkt an, in welchem „der Verkäufer[20]) Alles getan hat, was von seiner Seite zur Erfüllung des Vertrages erforderlich ist" — so ist dieses nicht nur „nicht ausdrücklich ausgesprochen" (d. h. für uns nicht vorhanden), sondern würde sich auch bei der Combination mit A. 324 (über den Erfüllungsort) als Schwierigkeiten und Zweifel bereitend

---

[12]) Allgemein gesagt: in jedem Staate das dort geltende Civilrecht.

[13]) Vgl. Hahn, Comm., II., S. 203; Lesse, im Arch. v. Busch, VI., S. 269, 270; — und Protok., S. 1381.

[14]) Dies beweist nichts gegen das hier behauptete deutsche Rechtsbewußtsein in dieser Frage; die Mitglieder der Commission waren teils (vorwiegend romanistisch gebildete) Juristen, teils gehörten sie dem Handelsstande an, der sich freilich jene beiden Sätze gerne gefallen lassen mag! (Vgl. hier N. 3).

[15]) Dies gegen Endemann (S. 528, 533).

[16]) Vgl. hier §§. 17, 18 und Al. Miruß, Die preuß. Handelsgesetzgebg. (2. Ausg. 1838), §. 201.

[17]) Die römischen Sätze wollen im ganzen Gebiete des D. H. G. B. in Anwendung bringen: Endemann (s. hier Note 15) und Auerbach (II., S. 36); dagegen scheint Hahn (II., S. 214 ff.) trotz der allgem. Behauptung in §. 1 l. c., der richtigen Ansicht zu sein (§. 2, §. 4, §. 11 l. c.).

[18]) Ueber die von Hamburg gemachte Erinnerung No. 335 s. Auerbach, Das neue H. G., II., S. 53.

[19]) Comm., II., S. 214. Vgl. Protokolle, S. 633.

[20]) „Käufer" ist offenbar ein Druckfehler.

erweisen. Dem H. G. B. kann hier der Vorwurf der Prinziplosigkeit nicht erspart werden, da es weder die römische noch die deutsche Grenzbestimmung durchgeführt hat.

§. 28.

Das Anwendungsgebiet des A. 345 wird zuweilen [1]) so bezeichnet: das H. G. B. habe den Uebergang der Gefahr bei „Distance-Käufen" normiren wollen. Mit Aufstellung solcher Kategorien wird aber nichts gewonnen, vielmehr die Einfachheit der Darstellung getrübt. Nicht minder wichtig, als die stete Berücksichtigung erheblicher Unterschiede, ist es für die Rechtswissenschaft, alle irrelevanten, bloß zufälligen Momente der Tatbestände stillschweigend zu übergehen. [2]) Wozu die Aufstellung eines Distancekaufes, da bei ihm keine anderen, als die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen? Um so mehr sollte man dergleichen unnütze Benennungen vermeiden, als sie im Verkehrsleben und in Folge dessen auch in der Literatur [3]) in ganz verschiedenem Sinne gebraucht und dadurch zu einer Quelle von Mißverständnissen und Verwirrungen werden. —

A. 343 handelt von der Diligenz des Verkäufers vor der Tradition und enthält eine wichtige Beschränkung seiner Pflicht zur custodia. [4]) A. 344 handelt von des Verkäufers schuldiger Diligenz, und A. 345 vom periculum in allen Fällen, wo „die Waare dem

---

[1]) S. z. B. Endemann, S. 536 ff.; Auerbach, II., S. 43.

[2]) Mit je weniger Elementen die Rechtswissenschaft operirt, desto mehr erhält sie den Charakter einer exacten Wissenschaft.

[3]) Vgl. Thöl (I., S. 504), der übrigens den Namen ganz vermeidet (nur im Register kommt er vor); Auerbach, II., S. 37; Endemann, S. 503, 504, N. 7; H. Fick (die Aufsätze im VIII. u. IX. Bd. des Arch. f. deutsches Wechselrecht u. H. R.; insbes der letztere: „Ueber die Natur des modernen Distancekaufvertrages" (IX., S. 371—410; dazu VIII., S. 22, N. 1; Goldschmidt in seiner Ztschft., III., S. 300). (Diese Aufsätze von Fick enthalten viel Verdienstliches; doch zur Klärung der Frage nach dem periculum haben sie nichts beigetragen).

[4]) Vgl. zu A. 313, Abs. 2 den A. 346, Abs. 2.

Käufer von einem andern Orte übersendet werden soll"; diese Fälle können Spezies-, wie Genuskäufe sein.

Schon in erster Lesung war man darüber uneins, ob A. 261 des preußischen Entwurfes (jetzt A. 344) den Zeitpunkt der vollendeten Tradition feststellen, oder „lediglich eine Grundlage für den A. 262 (jetzt A. 345) geben und sonach den Zeitpunkt bestimmen (wolle), in welchem die Gefahr der verkauften Sache auf den Käufer übergehe."[5]) Der Wortlaut des A. 344 rechtfertigt aber nicht die Annahme, daß der Verkäufer in den Fällen, wo er „für beauftragt gilt, auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare besorgt oder ausgeführt werden soll," deshalb auch schon verpflichtet sei, dem Spediteur (oder Frachtführer u. s. w.) das Mandat Namens des Käufers zu erteilen, so daß der Transportant sofort Besitz für den Käufer erwerben möchte.[6]) Vielmehr hängt es vom Verkäufer ab, ob er jene Verträge im Namen des Käufers, oder nur für dessen Rechnung, aber in eigenem Namen abschließen will.[7]) — Der A. 261 des preußischen Entwurfes, der allerdings den Moment der Tradition fixirte, wurde völlig geändert;[8]) und der A. 344 enthält nur eine Belehrung darüber, was der Verkäufer in den bezeichneten Fällen zu tun habe.[9]) — Genau dasselbe Anwendungsgebiet, wie A. 344, hat A. 345, dessen Inhalt schon oben dargelegt worden ist.

§. 29.

Der Code de commerce und die meisten demselben nachgebildeten Handelsgesetzbücher enthalten über den Kauf so gut wie

---

[5]) Protokolle, S. 633. — Wäre man dem deutschrechtlichen Prinzip gefolgt, so wäre für diesen Zweifel kein Raum gewesen.

[6]) Unrichtig Gad, I., §. 104, N. 123, §. 109, N. 20 ff. und Endemann, §. 112, N. 13, N. 29. Vgl. dagegen Thöl, I., §. 73.

[7]) Fd. v. Hahn, II., S. 213.

[8]) Vgl. Entw., I. Lesung, A. 321.

[9]) Vgl. über A. 314: Protokolle, S. 633 ff., S. 1375 ff.; und Goldschmidt, Handbuch, I., §. 66, insbes. N. 16.

keine Bestimmungen,[1]) so daß die Normen der betreffenden Civilrechte auch für Handelskäufe gelten.[2]) Darum kann hier wegen des periculum nach französischem Handelsrechte auf §. 19 verwiesen werden.[3]) — Dies Verhältniß vollständiger Uebereinstimmung des allgemeinen bürgerlichen und des Handelsrechtes ist in dieser Materie um so mehr die Regel, als: a) viele Staaten überhaupt keine Handelsgesetzbücher haben, und b) in den meisten Handelsgesetzbüchern vom Kaufe gar nicht gehandelt wird.[4]) Ausnahmsweise hat das spanische H. G. B. (vom 30. Mai 1829) ausführlich diese Materie normirt. Alle Schäden, welche nach perfectem, unwiderruflichem Vertragschluß und vor der Ablieferung (la entrega) die Sache treffen, trägt der Käufer (A. 366: „Los daños y menoscabos .... son de cuenta del comprador . . .“)[5]) Einen auffallenden Gegensatz zu den anderen romanischen Gesetzen bildet das neue H. G. B. für Italien (von 1865), das den Verkäufer selbst beim Verkaufe schwimmender Güter die Gefahr tragen läßt, indem ein solcher Vertrag „der Bedingung des glücklichen Einlaufens des benannten Schiffes unterworfen ist“ (99). Sind die während der Reise entstandenen Beschädigungen so groß,

---

[1]) A. 109 ist kaum zu erwähnen. — Eine Ausnahme macht das Freiburger G. B., A. 58 ff. (I., 6.)

[2]) Auch A. 405 des Code de comm. ist eine Consequenz des franz. Civilrechtes; Schäden nämlich, welche die Waaren dürch Nachlässigkeit des Capitäns leiden, „sont supportées par le propriétaire“, dieser aber hat natürlich „son recours contre le capitaine“.

[3]) Vgl. Goujet et Merger, Dictionnaire de droit commercial (2. Ausg.), Tom. IV., p. 976, No. 70; p. 995, No. 201; — Devilleneuve et Massé, Nouveau dict. d. dr. comm. unter Vente commerciale, No. 123, No. 124 bis.

[4]) Vgl. Fick, Uebersicht der schweizerischen Handelsgesetzgbg., S. 36 und passim. — Das Wetboek van Koophandel (von 1826), das Holländ. H. G. B. (von 1838) enthalten keine Bestimmungen über den Kauf.

[5]) Daß hier der römische Grundsatz festgehalten werden wollte (s. auch Gesetzb. f. Louisiana: a. 2442), dafür spricht auch arg. a contr. aus A. 367, 1); wir brauchen daher das „despues . . . de tenerlas (sc. las cosas vendidas) á disposicion del comprador“ nicht von einem constitutum possess. zu verstehen. Der scheinbare Widerspruch mit A. 365, Abs. 1, löst sich durch die Annahme, daß der letzterwähnte Absatz nur auf die Fälle des A. 364 anwendbar sei.

daß die Waaren nicht mehr zu dem Gebrauche dienen können, zu dem sie bestimmt sind, so wird der Vertrag aufgelöst. Bei anderen Beschädigungen muß der Käufer zwar die Waaren annehmen, aber der Verkäufer muß sich eine Preisermäßigung gefallen lassen (103). —

II.

Bedingter Spezieskauf.

a) Gemeines Recht.

§. 30.

α) Beim suspensiv-bedingten Kaufe [1]) trägt pendente conditione der Verkäufer das periculum interitus; [2]) wen aber eine in dieser Zeit der Schwebe eintretende Deterioration treffe, das zeigt sich erst später: deficirt die Bedingung, so hat der Verkäufer den Schaden; geht sie in Erfüllung, so trifft der Schaden den Käufer. [3]) Dieser trägt allen nach eingetretener Bedingung sich ereignenden casus. [4]) Bei einer conditio omni modo exstitura geht das periculum sofort mit dem Vertragschluß auf ihn über. [5]) — Eine spätere Beifügung

---

[1]) Etzdorf, Inaug.-Diss., p. 22, 23, 24.

[2]) „Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio“ (l. 8. pr. D. h. t. cf. l. 10. §. 4, §. 5. D. XXIII, 3); geht aber die Bedingung in Erfüllung, so fehlt es an einem Objecte.

[3]) l. 8. pr. a. E. D. h. t.; cf. l. 5. Cod. IV, 48. Goldschmidt in seiner Ztschft., I., S. 78, und die Stellen in N. 7 daselbst.

[4]) Nicht hierher gehört m. E. der Satz „quodsi exstiterit . .“ in l. 8. pr. D. h. t. (Thöl, I., S. 457), der vielmehr von der nachträglichen Entscheidung der Frage zu verstehen sein dürfte, zu wessen Schaden ein pendente conditione eingetretener casus ausschlagen werde. Beschränkt man die Entscheidung auf die Fälle der Deterioration, dann muß die namentliche Hervorhebung des Proculus, Octavenus und Pomponius auffallen; bezieht man sie auf omne periculum, dann hätten wir eine Ansicht vor uns, die mit den allgemeinen Grundsätzen über bedingte Verträge unvereinbar wäre. Aehnliche Bedenken scheint Wächter gehabt zu haben (a. a. O., S. 201, N. 21).

[5]) l. 8. §. 1. D. h. t.; dazu Glück, Comm., XVII., S. 155 ff.

einer Bedingung hat natürlich bezüglich des periculum keine rückwirkende Kraft.[6]) — Diese Grundsätze haben ein ziemlich weites Anwendungsgebiet, weil eine Suspensiv-Bedingung oft angenommen wird, wo sie nicht wörtlich ausgesprochen ist.[7]) Doch haben manche Schriftsteller den Begriff des suspensiv-bedingten Kaufes ungebührlich weit ausgedehnt.[8])

β) Obwol der resolutiv-bedingte Kauf manchmal „pura emtio“[9]) genannt wird, so darf man ihn doch nicht bezüglich des periculum dem unbedingten Kaufe gleichstellen. Bis zur Entscheidung der Bedingung trägt der Käufer das periculum interitus: geht die Sache zu Grunde, so hilft ihm der spätere Eintritt der Resolutiv-Bedingung nichts; ein Geschäft, dessen Object untergegangen ist, kann wegen später eingetretener Resolutivbedingung nicht aufgelöst werden. Wenn Windscheid[10]) (Pand., II., §. 390, N. 10 und §. 387, N. 10) auf l. 2. D. XVIII, 3 gestützt,[11]) das Gegenteil annimmt, so widerspricht dies seiner eigenen Auffassung der Resolutiv-Bedingung (I., §. 86, N. 6); denn wie kann nach Untergang der Sache das „bedingte Nebengeschäft“ noch wirksam werden? — Eine pendente conditione eintretende Verschlechterung der Sache schlägt zum Schaden des Käufers aus, wenn die Bedingung wegfällt, zum Schaden des Verkäufers, wenn sie in Erfüllung geht. Für den Verkäufer ist die Rücknahme der Sache (gegen Rückgabe des Kaufgeldes) suspensiv-

---

[6]) S. einerseits l. 6. §. 2. D. XVIII, 1, andererseits l. 7. pr. D. XVIII, 5, und Treitschke, S. 145 ff. (2. Aufl.). Vgl. überdies l. 8. C. VIII, 42.

[7]) So z. B. gilt es als bedingter Kauf, wenn ein Dritter die Kaufsache oder den Kaufpreis bestimmen soll (§. 1. Inst. h. t., l. 15. Cod. IV, 38). (Vgl. Etzdorf, p. 21, 22.)

[8]) Namentlich Mommsen; s. Bekker, a. a. O., S. 368 ff.; Windscheid, Pand., II., §. 390, N. 9.

[9]) l. 2. §. 5. D. XLI, 4 („emtio pura“), l. 2. §. 4. D. eod. („perfecta emtio“); cf. l. 2. pr. D. XVIII, 2.

[10]) Ihm schreibt Etzdorf nach, p. 24, 25.

[11]) M. E. ist in dieser Stelle nur von einem teilweisen Untergange des Objectes die Rede. Denn trotz l. 1. §. 9. D. XLIV, 7 und l. 57. D. XVIII, 1 (welche sich aus praktischen Gründen und Billigkeitserwägungen erklären) ist die area ein übrig gebliebener Teil des Objectes.

bedingt; darum trifft ihn der interitus nicht, wol aber die Deterioration, wenn die Bedingung hinterher eintritt. — Hier also, wie beim ſuſpenſiv-bedingten Kaufe, gibt es eine Zeit, wo man noch nicht weiß, weſſen Schaden die Deterioration iſt. Dies kann man auch ſo ausdrücken: wird pendente conditione die Sache deteriorirt, ſo ſchwebt beim ſuſpenſiv-bedingten Kaufe der Käufer, beim reſolutiv-bedingten der Verkäufer in der Gefahr, daß die Bedingung in Erfüllung gehe. — Nach Wegfall der Reſolutivbedingung bleibt natürlich alle Gefahr beim Käufer.

§. 31.

In diem addictio und lex commissoria. [1])

Dieſe Nebenverträge werden von unſeren Schriftſtellern in der allgemeinen Lehre von den Verträgen abgehandelt, in den Quellen aber nur beim Kaufe und hier ſo ausführlich beſprochen (Dig. XVIII, tit. 2 und tit. 3; Cod. IV, 54), daß dergleichen Kaufgeſchäfte offenbar im römiſchen Verkehr ſehr häufig geweſen ſein mußten.

I. Die in diem addictio [2]) iſt a) regelmäßig ein mehrfach reſolutiv-bedingter Kauf; der Kauf ſoll nämlich aufgelöſt werden, 1) wenn dem Verkäufer innerhalb gewiſſer Zeit ein wirklich vorteilhafteres [3]) Angebot gemacht wird und wenn 2) der Verkäufer dasſelbe annimmt [4]) und 3) der hievon verſtändigte [5]) erſte Käufer das Geſchäft nicht etwa unter denſelben Bedingungen für ſich aufrecht

---

[1]) S. J. G. Behrens, de periculo et commodo rei sub lege addictionis in diem venditae, Kilon. 1793 (hier nicht benützt).

[2]) Der Ausdruck: „in diem addictio“ bezeichnet das ganze Kaufgeſchäft (l. 1. D. h. t. XVIII, 2) („rem in diem addicere“ die Sache in der Art verkaufen: l. 2, l. 4. §. 1, l. 10, l. 11. D. h. t.); — während „lex commissoria“ nur den Nebenvertrag bezeichnet (l. 1. D. h. t. XVIII, 3: „commissoria lege venierit“; l. 3. D. h. t.: „legem commissoriam, quae in venditionibus adiicitur“).

[3]) l. 4. §. 6, l. 5, l. 14, l. 15. D. h. t. XVIII, 2.

[4]) l. 9. h. t.

[5]) l. 8. h. t.

hält.[6]) Insofern mit jeder Verschlechterung die Wahrscheinlichkeit eines Mehrgebotes, also einer Auflösung des Kaufes geringer wird, kann man sagen: der Käufer trägt hier alle Gefahr. b) Uebrigens kann auch beiden Teilen das Rücktrittsrecht in der Art gewahrt sein, daß ein einseitiger Verzicht zur Aufrechthaltung des Geschäftes nicht genügt.[7]) c) Natürlich läßt sich auch eine entsprechende Suspensivbedingung denken[8]) („die Sache soll dir verkauft sein, wenn ich innerhalb zehn Tagen keinen besseren Käufer finde"); ist aber im Zweifel nie anzunehmen. Doch wird wol in solchem Falle der Käufer meist das periculum vertragsmäßig ablehnen.

II. Da es bei der lex commissoria (s. Arndts, §. 249, Z. 3) vom Verkäufer abhängt, von seinem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch zu machen, so trägt der Käufer alle Gefahr (s. l. 2, l. 3. D. h. t. XVIII, 3). Damit aber der Verkäufer nicht durch eine Wertminderung der Sache factisch gezwungen werde, sie einem Käufer zu belassen, dessen Zahlungs-Willigkeit oder -Fähigkeit ihm zweifelhaft wurde, kam sogar die Verabredung vor: „ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemtus foret, ... et ut quanti minoris postea alii veniisset, ut id emtor venditori praestaret" (l. 6. §. 1. D. XVIII, 1). — Die lex commissoria, welche, immer im Interesse des Verkäufers, beigefügt wird,[9]) enthält stets eine Resolutiv-Bedingung; eine Suspensiv-Bedingung würde den Zweck verfehlen.[10])

---

[6]) l. 7, l. 8. h. t.

[7]) l. 9. h. t.

[8]) l. 2. pr. h. t.

[9]) l. 2. D. XVIII, 3: ... „quia id venditoris causa caveretur ..."

[10]) Nach französ. R. ist (nach a. 1184) in gegenseitigen Verträgen die lex commissoria als Resolutivbedingung „toujours sousentendue". Anwendung davon auf die Fälle nicht-rechtzeitiger Preiszahlung: a. 1654; auf die Fälle nicht-rechtzeitiger Uebergabe der Waare: a. 1610, 1611.

§. 32.

b) **Preußisches Recht.** 1) Beim suspensiv-bedingten Kaufe trägt der Verkäufer die Gefahr des Unterganges (vgl. §§. 364 ff., I, 5). Ist das Kaufobject beim Eintritt der Bedingung deteriorirt, so steht es dem Käufer frei, entweder vom Vertrage abzugehen oder ihn unverändert aufrecht zu erhalten (Vgl. Förster, I., S. 731). 2) Ueber den resolutiv-bedingten Kauf enthält das Gesetz keine Vorschriften. (Ueber die Theorie s. Förster, I., S. 731, 732, insbes. N. 79.)

c) **Französisches Recht.** A. 1584 verweist bezüglich bedingter Käufe auf die „principes généraux des conventions"; diese sind für die aufschiebende Bedingung in a. 1181, 1182, für die auflösende in a. 1183, 1184 enthalten. Hervorzuheben ist Abs. 3 des a. 1182: „Si la chose s'est détériorée sans la faute du debiteur, le créancier a le choix: ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état, où elle se trouve, sans diminution du prix"; — also wie im preußischen Rechte.

d) **Oesterreichisches Recht.** Die gemeinrechtliche Lehre von bedingten Käufen ist (unter Berücksichtigung von §§. 898—900 a. b. G. B.) mit der Lehre vom Spezieskauf nach österreichischem Recht zu combiniren (s. §. 1066 a. b. G. B.). — Das österreichische Recht kommt die in diem addictio sowol als suspensiv-, wie als resolutiv-bedingtes Geschäft (vgl. Scheiblein, Kauf, II., S. 260). Eigentümlich demselben ist: 1) die Interpretationsregel, daß der Umstand, ob die Waare dem Käufer trabirt war oder nicht, darüber entscheidet, ob der Kauf als resolutiv- oder suspensiv-bedingt behandelt werden soll (§. 1083, §. 1084 a. b. G. B.); 2) der zweite Satz des §. 1084 (vgl. §. 1082); — 3) die Bestimmung, daß der Verkäufer den zweiten Käufer vorziehen kann, auch wenn der erste noch mehr zahlen wollte (§. 1085), womit des Verkäufers Willkühr doch wol zu viel eingeräumt wird; 4) bei Auflösung des Vertrages heben sich die Nutzungen der Waare und des Geldes gegen einander auf (§. 1085).

e) **Das Gesetzbuch für Louisiana** enthält im a. 2446 folgende Bestimmung: 1) Beim suspensiv-bedingten Kauf trägt der Verkäufer pendente conditione die Gefahr des Unterganges; 2) wird die Waare deteriorirt, so kann der Käufer vom Vertrage abgehen oder ihn unverändert aufrecht erhalten; 3) Meliorirungen gereichen dem Käufer zum Vorteil.

§. 33.

Besondere Verabredungen. Verschulden der Parteien.

I. Wahrscheinlich waren die Bestimmungen über Gefahr-, wie die über Eigentums-Uebergang im ältesten griechischen und römischen Rechte iuris publici; denn der imperative, bevormundende Charakter kennzeichnet alle Gesetzgebungen jener grauen Vorzeit. Seit Jahrtausenden aber (und gegenwärtig in allen Rechten) haben die Normen über periculum lediglich eine dispositive Natur.[1]) Wie die Parteien das Maß der auf die Sache vom Verkäufer zu verwendenden Sorgfalt beliebig feststellen mochten (vgl. l. 23. D. L, 17; l. 35, §. 4. D. XVIII, 1); so konnte auch die Gefahr vom Käufer erst später übernommen werden, als es nach dem Gesetze der Fall wäre, oder (beim bedingten Kaufe) auch noch früher (s. l. 10. pr. D. XVIII, 6). Daß dergleichen Verabredungen verständlich und deutlich seien, war nach römischem Recht Sorge des Verkäufers, gegen welchen im Zweifel interpretirt wurde.[2]) Hierin lag eine

---

[1]) Für das römische R., s. l. 78. §. 3. D. XVIII, 1; l. 1. pr. D. XVIII, 6; — für das österr. R., § 1051 a. E.

[2]) Die Römer gingen davon aus, daß der Verkäufer für die klare Fassung des Kaufvertrages Sorge zu tragen habe, da die Verkaufsbedingnisse (lex) überwiegend von ihm ausgehen. l 39. D. de pact's (II, 14) (Papinian): „Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori, et qui locavit, nocere; in quorum fuit potestate legem apertius conscribere." l. 21. D. XVIII, 1 (Paul.): „Labeo scribit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, ... quia potuit re integra apertius dicere." l. 33. D. XVIII, 1 (Pompon.): .... „id accipitur, quod venditori nocet, ambigua enim oratio est." l. 172. pr. D. L, 17 (Paul.): „In contrahenda venditione

gewisse Ausgleichung mit den großen Begünstigungen, die der Verkäufer genoß. — Hat der Verkäufer die Gefahr „noch vorläufig" (ohne Nennung eines Termins) übernommen, so haftet er so lange für casus, „als er sonst für culpa levis einzustehen haben würde" (Treitschke).[3])

II. Können jene Resultate modificirt werden durch Verschulden des Verkäufers. Da dieser die Sache mit der diligentia boni patris familias[4]) zu custodiren hat, damit ihm die Erfüllung nicht unmöglich werde, so haftet er für dolus und omnis culpa; dies ist aber keine Abänderung des periculum, als welches sich bloß auf casuellen Schaden bezieht. Hingegen verdient eine besondere Art des Verschuldens[5]) hervorgehoben zu werden, nämlich

---

ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est." — Vgl. Code civ. a. 1602, Abs. 2: „Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur."

[3]) Zu verschiedenen Meinungen hat §. 3. J. III, 23 Anlaß gegeben, welche Stelle Einige aus der besonderen Natur des Sklavenkaufes erklären wollten, während Andere darin eine allgemeine Interpretationsregel finden. Vgl. Hasse, Culpa (2. Aufl.), S. 393 ff. und passim; Savigny, System, I., §. 45; Genfler im Arch. f. civ. Pr., I., S. 116 ff., Treitschke, Kaufcontract, §. 81, A. 1; Thöl, I., S. 460; Mommsen, Beiträge, I., S. 275. — Die früher gemachte Unterscheidung von casus soliti et insolitissimi bei vertragmäßiger Uebernahme zufälligen Schadens ist völlig grundlos (s. l. 78. § 3. D. XVIII, 1, und Mommsen, a. a. O., S. 274, N. 4).

[4]) Von besonderen Verabredungen abgesehen, ist dies ohne Zweifel das richtige Maß der Diligenz, wie verschieden sich auch die Quellen ausdrücken. Vgl. l. 2. §. 1. D. h. t. (Gaius): „eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna, sit excusatum; — l. 3. eod. (Paul.): „Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet;" — l. 11. eod. (Alf. Varus): „si venditor eam diligentiam adhibuisset, ... quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit." —

[5]) Daß es bei der Mora im technischen Sinne auf dieses subjective Moment ankomme, ist mit Recht die herrschende Ansicht (s. Madai, Mora, §. 36, Wolff, Mora, §. 31; Mommsen, Beiträge, III., §. 14; Unger, Fragm. aus d. österr. Obl. R., S. 21, N. 7); Reuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 182; dagegen neuerdings Goose (in Ihering's Jahrb., IX., S. 219—221).

III. die mora; und zwar:

a) die mora tradendi des Verkäufers. Diese hat den Rückübergang des periculum zur Folge, in dem Sinne, daß der morose Verkäufer auch für casus haftet. (Arg. a contr. l. 4, l. 6. Cod. IV, 48; cf. l. 14, l. 15. D. de iure dot. XXIII, 3.) Doch kann er sich durch den Beweis befreien, daß der casus die Sache auch beim Käufer betroffen haben würde, — falls nicht etwa dieser Absicht und Gelegenheit, die Sache vor dem Unfall zu verkaufen, erweisen kann. [6])

b) Durch mora accipiendi des Käufers [7]) steigert sich dessen Gefahr, indem der Verkäufer nunmehr bloß für dolus und lata culpa haftet (l. 5, l. 17. D. h. t.). —

c) Wenn nacheinander beide Teile in mora waren, so äußert die frühere nur dann eine Wirkung, wenn während ihrer Dauer die Sache eine Verschlechterung erlitten hat. Denn die bereits eingetretenen Folgen der mora werden durch die sog. Purgation nicht beseitigt. Wenn während der folgenden Mora der andern Partei die

---

[6]) Doch scheinen die römischen Juristen weder über die Folgen dieser mora (s. einerseits l. 14. §. 1. D. XVI, 3, andererseits allgemein lautende Stellen, wie l. 5. D. de reb. cred. XII, 1; l. 25. §. 2. D. de sol. matr. XXIV, 3; l. 47. §. 6. D. de leg. [I], welche dem morosen Schuldner omne periculum zuzuschieben scheinen), noch viel weniger über die Beweisfrage einig gewesen zu sein. Die Ansicht, daß der Verkäufer, um sich zu befreien, beweisen müsse, 1) daß „utique interitura esset res“ und 2) daß Käufer sie nicht früher veräußert hätte, — erweist sich schon aus praktischen Gründen als unbrauchbar. Es gibt nur zwei Möglichkeiten: entweder: man schließt sich der Ansicht im Text an, oder man läßt trotz l. 14. §. 1. D. XVI, 3 (Sabinus et Cassius) den morosen Verkäufer omne periculum tragen; indem man in dem Schlußworte der l. 47. §. 6. D. de leg. I. (Ulp.) („potuit enim ... vendere“) bloß die Erklärung und Motivirung einer durchgreifenden Rechtsregel erblickt (vgl. auch den Schlußsatz in l. 20. §. 21. D. de hered. pet. [V, 3] [Ulp.]). — Mommsen ist rücksichtlich dieser schwierigen Frage jetzt anderer Meinung als früher: vgl. Beiträge, I., S. 269, und III, S. 197. — Vgl. jetzt auch noch Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 188, N. 2, S. 189, N. 3.

[7]) Diese kann darin bestehen, daß der Käufer zur rechtzeitigen Entgegennahme der Sache nicht bereit ist; oder aber darin, daß er nicht den Preis zahlen will, da ohne Zahlung der Verkäufer die Sache nicht zu übergeben braucht. (L. 22. D. XVIII, 4; l. 13. §. 8. D. XIX, 1; l. 31. §. 8. D. XXI, 1; vgl. §. 1062 des a. b. G. B. und A. 312, Abs. 3 des H. G. B.)

Waare abermals einen Schaden nimmt, so kommen die unter a) und b) angegebenen Grundsätze combinirt zur Anwendung. —

d) Eine gleichzeitige Mora beider Teile ist undenkbar.[8]) Denkbar ist es allerdings, daß gleichzeitig beide Teile nicht bereit waren, das ihnen obliegende zu tun. Beim Abholen Seitens des Käufers tritt aber des Verkäufers Saumsal nicht in die Erscheinung; bei der Verabredung des Zustellens Seitens des Verkäufers nicht der Verzug des Käufers. War aber Zusammenkunft an einem bestimmten Orte verabredet und es bleiben beide Teile aus, so muß es um so mehr beim status quo verbleiben, als diejenige Partei, welche das periculum von sich abwälzen wollte, durch Erscheinen an dem Orte den Gegenteil hätte in Verzug versetzen sollen. —

Allerdings könnte man l. 51. pr. D. XIX, 1 so verstehen, als ob Labeo von einer gleichzeitigen mora beider Teile reden und erklären würde: war der Verkäufer nicht zur Uebergabe der Sache, der Käufer aber auch nicht zur Zahlung des Preises bereit, so ist bloß letzterer Umstand relevant, da der Verkäufer ohne Zahlung nicht zu tradiren braucht. Ist dies der Sinn der Stelle, dann beweist sie erst recht, daß es eine gleichzeitige Mora beider Teile nicht geben könne, indem in solchem Falle bloß der Käufer in mora accipiendi ist („perinde esse ... quasi si per emtorem solum stetisset"). Möglicherweise ist aber schon hier (l. 51. pr.) an denselben Fall gedacht, der dann in §. 1 durch ein Beispiel beleuchtet wird: nämlich den Fall, wo des Käufers spätere mora die frühere des Verkäufers aufhebt. Und so (nämlich von einer successiven mora) verstand Pomponius die Stelle, auf die er sich offenbar in l. 17. D. XVIII, 6 bezieht. Er bemerkt mit Recht, daß Labeo's Ausspruch nicht alle Fälle berücksichtige, indem immer die posterior mora nocet, durch welche die frühere, falls „omnia in integro essent", völlig getilgt wird.[9])

Anmerkung: Preußisches Recht: Einfluß der mora s. §. 96 (I, 11) (vgl. §. 15 ff., I, 16); mora des Verkäufers §. 97, §. 99 (h. t.); mora des Käufers §. 98 (h. t.). Dazu Koch, R. d. Forderungen, I, S. 358 ff.,

[8]) Vgl. Unger, Fragmente aus d. österr. Obl.-R., S. 26, N. 16 (abgedruckt 1864 aus Haimerl's V. J. Schft., Bd. XIV.).

[9]) Andere Erklärungsversuche s. bei Madai, Mora, §. 70; und Mommsen, Beiträge, III., S. 310—343. —

Förſter, I., S. 687, 731. — Franzöſiſches Recht: mora tradendi ſ. a. 1138 a. E. — Oeſterreichiſches Recht, ſ. hier §. 20, §. 21, und Unger, Fragmente, III., S. 17 ff. — H. G. B., A. 354 ff., und dazu F. v. Hahn, Comm., II., S. 263 ff.

III.
Kauf auf Probe. [1])

§. 34.

a) Gemeines Recht. Dem „Kauf auf Probe“ [2]) iſt eigenthümlich die Bedingung (im weiteren Sinne), daß das Verkaufsobject dem Käufer [3]) gefalle. Und zwar kann ſowol das Zuſtandekommen,

---

[1]) Literatur: Glück, XVII., S. 156 ff.; Cropp, in Heiſe und Cropp, Abhdlg. I., S. 187 ff.; Thöl, I., §. 71; insbeſ. Goldſchmidt in ſeiner Ztſchft., Bd. I., S. 66—131, 262—284, 386—455, 554—558; Fitting, ebd., II., S. 203—282; V., S. 79—176; Unger, ebd., III., S. 386—415. Eine gute Ueberſicht über die Reſultate der vorgenannten Abhandlungen gibt Fitting im Arch. f. civ. Pr., XLVI. Bd., S. 237—260. — Brackenhöft's Abhdlg.: „Das Verkaufsengagement und die Bedingniſſe“ (in Linde's Ztſchft. f. Civ. R. u. Pr., N. F., XVII. Bd., S. 305 ff.) hat zur Aufhellung dieſer Materie nichts beigetragen.

[2]) Der eingelebte, nunmehr auch vom H. G. B. (A. 339) angenommene Ausdruck „Kauf auf Probe“ dürfte um ſo lieber beizubehalten ſein, als er unvorgreiflich iſt, d. h. nicht den Stämpel einer beſtimmten theoretiſchen Meinung an ſich trägt. Das Wort „Probe“ iſt ſo weit, daß es ſtets paßt, wie immer man über das „si placuerit“ denken mag. „Emtio ad gustum“ iſt nicht quellenmäßig (ſ. Goldſchmidt, a. a. O., I., S. 70; hiſtoriſche Notizen über die Terminologie, ebd., S. 401 ff.). „Kauf auf Beſicht, auf Koſten“ klingt zu wenig allgemein; Wendungen, wie „auf Nachſtich, Nachziehen“ gehen vollends auf ſpezielle Prüfungsarten bei gewiſſen Waaren. — Goldſchmidt ſchlug vor: „Handel nach Belieben“ (dagegen Fitting, II., S. 239; Unger, III., S. 414); Thöl: „Handel nach Laune“ (H. R., S. 432), (dagegen Goldſchmidt, I., S. 118, Unger, III., S. 414); Fitting: „Handel nach Gefallen“ (dagegen Unger, l. c., N. 28) oder „Handel auf oder nach Zuſagen“ (ſchwerfällig und zweideutig); Unger (unter Zuſtimmung Fitting's, V., S. 79, N. 2): „Handel auf Gefallen“. Der Sprachgebrauch des H. G. B. dürfte hoffentlich dieſen Namensänderungen ein Ziel ſetzen (vgl. Fitting, Arch. f. civ. Pr., XLVI., S. 242) trotz v. Hahn's Kritik (Comm., II., S. 186).

[3]) Sowol dieſer Ausdruck („Käufer“), als der von Thöl (S. 434, N. 7) vorgeſchlagene („der Kaufluſtige“) ließe ſich in vielen Fällen beanſtanden; der Kürze halber wurde der erſte hier beibehalten.

als der Bestand des Geschäftes von dieser Bedingung abhängig gemacht sein. Früher wurde darüber gestritten, ob im Zweifel eine Suspensiv- oder eine Resolutiv-Bedingung anzunehmen sei (Glück, IV., S. 479, N. 50). Seit Cropp's Abhandlung[4]) entschied sich die herrschende Meinung für die Suspensivbedingung, wogegen aber neuerdings Goldschmidt eher für die Resolutivbedingung präsumiren will.[5]) Die Quellen sprechen sich weder für die eine, noch für die andere Präsumtion aus, während die neueren Gesetzbücher mit Recht diese Zweifel abgeschnitten haben (s. unten). —

Verschiedene Formen dieses Geschäftes werden uns in den Quellen vorgeführt;[6]) es erscheint nämlich: a) bald als ein suspensivbedingter Kauf (si res placuerit, emta sit) (l. 20. §. 1. D. de praescr. verb. XIX, 5; §. 4. J. III, 23); b) bald als ein resolutivbedingter Kauf („res si displicuisset, inemta sit") (l. 3. D. XVIII, 1; l. 2. §. 5. D. XLI, 4; l. 11. §. 13. D. XLIII, 24; l. 4. C. IV, 58 etc.); c) manchmal auch als ein Kauf mit einem pactum displicentiae[7]) („si res displicuerit, redhibeatur") (l. 31. §. 22. D. XXI, 1). Gewiß war die letzte Form die seltenste, und sie darf daher nicht angenommen werden, wo sie nicht deutlich ausgedrückt ist. Namentlich darf man das Wort „reddere" nicht (wie Fitting, II., S. 241 und die dort N. 45 Citirten tun) urgiren, da es auch die rein factische Rückgabe bedeutet, welche die einfachste Erklärung und nächste Folge des Mißfallens ist. —

Im ersten Falle (a) trägt der Verkäufer alle Gefahr: die des Unterganges, weil dann der Kauf überhaupt nicht zu Stande kommen

---

[4]) S. hier N. 1; insbes. S. 191—196; dazu Thöl, I., S. 438.

[5]) A. a. O., I., S. 114—117; vgl. Fitting, II., S. 277; Windscheid, Pand., II., §. 387, N. 8.

[6]) Eine andere Uebersicht der Formen unseres Geschäftes gibt Fitting, II., S. 274—276. Gegen die Zusammenstellung mit dem Reukaufe hat sich mit Recht Unger (III., S. 412 ff.) erklärt, worauf Fitting diese Bezeichnung zurücknahm (s. jedoch V., S. 113, und weniger scharf Arch. f. civ. Pr., XLVI., S. 243). (Vgl. Goldschmidt, a. a. O., S. 273 ff.)

[7]) S. Goldschmidt (S. 113, 122), der mit dem Namen p. displ. eine engere Bedeutung verbindet, als Arndts (§. 249, A. 1). Ebendort über die Wirkung des pact. displ.; a. M. Fitting (II., S. 240—268).

kann; die der Verschlechterung insofern, als die Billigung des Käufers um so unwahrscheinlicher wird, je erheblicher die Deteriorirung ist. — War die Waare dem Käufer zum Zwecke der Probe übergeben, so haftet er für levis culpa in custodiendo. Durch die Billigung übernimmt der Käufer alle Gefahr; keineswegs aber verzichtet er damit auf das Recht, verborgene Mängel zu rügen (vgl. auch H. G. B., A. 347, Abs. 4).

Im zweiten Falle (b) trägt der Käufer bis zur Erklärung der Displicenz die Gefahr des Unterganges;[8]) da eine Rücktritts-Erklärung nach dem Untergang der Sache wirkungslos ist.[9]) Hingegen kann der Käufer auch nach eingetretener zufälliger Verschlechterung vom Geschäfte abgehen.

Wenn[10]) im dritten Falle (c) der Wortlaut der Clausel eine Beziehung auf das ädilitische Edict enthält, so kommen dessen Grundsätze bezüglich fehlerhafter Sachen in Anwendung. Der sein Mißfallen rechtzeitig erklärende Käufer kann dann mit einer in factum actio selbst nach dem Untergange der Sache[11]) den Verkäufer zur Redhibition zwingen. In diesem Sinne trägt der Verkäufer innerhalb jener Zeit alle Gefahr.

Alle diese Entscheidungen haben zur stillschweigenden Voraussetzung, daß es beim Kauf auf Probe innerhalb der betreffenden Frist lediglich vom Belieben des Käufers abhängt, ob das Geschäft zu Stande kommen, beziehungsweise aufrecht bleiben soll, oder nicht. (Arndts, Pand., §. 301; Thöl, I., S. 431, 432, N. a; Cropp,

---

[8]) Thibaut's Behauptung (Pand., §. 175) paßt nur auf den zweiten Fall; die Genfler's („Emtio, quae fit ad . . . mensuram", §. 6, N. 12) nur auf den ersten. (Darnach ist auch §. 8 ebd. zu berichtigen.)

[9]) Vgl. hier §. 30, β). S. l. 20. §. 1. D. de praescr. verb. (XIX, 5). Vgl. auch: l. 2. §. 1, l. 3. D. XVIII, 2, und l. 2. D. XVIII, 3, und Unger, a. a. O., III., S. 413. Der entgegengesetzten Ansicht sind Schweppe und Brinz. — Abstrus ist die Behauptung Brackenhöft's in Linde's Ztschft., N. F., XVII., S. 334.

[10]) Ebenso Fitting, a. a. O., S. 268—274; allgemeiner Goldschmidt, a. a. O., S. 122, 124, 125.

[11]) L. 44. §. 2. D. XXI, 1; l. 47. §. 1. D. eod.; jedoch: l. 48. pr. D. eod. —

S. 188, 197; Goldschmidt, a. a. O., §. 17; Fitting, V., S. 86—119; Windscheid, II., §. 387; H. G. B., A. 339.) [12]) Mannigfache Versuche wurden seit Jahrhunderten gemacht, um dies mit der Regel, daß der Bestand einer Obligation nicht gültig in das reine Belieben des Verpflichteten gestellt werden könne, in Einklang zu bringen. Einige wollten sogar den suspensiv-bedingten Kauf auf Probe ganz wegläugnen; Andere das willkührliche Rücktrittsrecht des Käufers; die Meisten betonten, daß die Willkühr sich nicht auf den Vertrag, sondern auf die Waare beziehe; später setzte sich die Meinung fest: die Obligation könne nicht von dem reinen Belieben, wol aber von einer äußeren Potestativ-Handlung des Verpflichteten abhängig gemacht werden. [13]) Auf diesem Standpunkt steht auch Windscheid (I., §. 93) mit seiner Unterscheidung zwischen „Wollen" und „Handlung", welchem letzteren Begriff er aber eine bedenkliche Ausdehnung gibt. Daneben aber ist ihm (wenn ich ihn recht verstehe) folgender beachtenswerte Gedanke eigentümlich: Wer sagt: ‚Ich will, daß Dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, daß Jenes sein solle', legt sich allerdings sofort eine Willensbeschränkung auf, indem er zwei mögliche Willensinhalte in eine untrennbare Verbindung bringt. (Uebrigens verwertet er diesen Gedanken nicht für unsere Frage, welche er vielmehr aus der Natur der gegenseitigen Verträge beantworten zu können glaubt; §. 93, N. 1; vgl. dagegen l. 13. Cod. IV, 38.) Goldschmidt (§. 24, §. 25) faßt den suspensiv-bedingten Kauf auf Probe als ein pactum de vendendo auf, das von den römischen Juristen nur deshalb als Kauf unter einer Potestativbedingung construirt wurde, um ihm die dem nudum pactum mangelnde Wirksamkeit zu verschaffen. (Dagegen Fitting, ebd., II., S. 228; Unger, ebd., III., S. 388—391). Fitting legt alles Gewicht auf die logische Form. Es kommt ihm auf den Erfolg nicht an, wenn nur die Obligation nicht ausdrücklich auf den Willen oder die

---

[12]) Ungenau Treitschke, Kaufcontr., §. 53; falsch Unterholzner, Schuldverh., II., S. 225.

[13]) Dies ist auch der Sinn der Stelle in Unger's System (II., S. 63), welche Fitting (II., S. 237) sonderbarer Weise nicht verstanden hat. Vgl. jetzt auch Unger, Oesterreich. Erbrecht, §. 57, A. 2.

Willkühr des Verpflichteten gestellt ist.[14]) — Seit Azo haben mehrere Schriftsteller das willkührliche Rücktrittsrecht des Käufers geläugnet; so insbesondere neuerdings Unger (a. a. O., III., S. 407—415)[15]) mit der Wendung: daß, wenn man dem Käufer beweisen könne, die Waare habe ihm gefallen, er nicht vom Geschäfte abgehen dürfe. Seine scharfsinnigen Erörterungen haben aber die herrschende Ansicht nicht zu verändern vermocht, da sie nicht bloß praktische Bedenken (wegen des Beweises), sondern auch die Anschauung des Verkehrs gegen sich haben. —

Meistens ist die Frist für des Käufers Erklärung vertragsmäßig festgesetzt. Läßt der Käufer dieselbe, ohne sich zu erklären, verstreichen, so ist beim resolutiv-bedingten Kaufe der Bestand des Geschäftes gesichert; während sich der suspensiv-bedingte Kauf damit zerschlagen hat;[16]) war ihm aber die Sache ad inspiciendum aut experiendum bereits übergeben in der Absicht, damit zugleich den Kauf eventuell zu erfüllen, und er behält die Waare ohne Erklärung über jene Zeit hinaus, so wird dies als eine stillschweigende Genehmigung der Waare auszulegen sein, deren Rückbehalten sonst ein grundloses wäre. — Haben aber die Parteien keine Erklärungsfrist verabredet, dann ist kein fixer Zeitpunkt da,[17]) dessen bloßes Vorüber-

---

[14]) A. a. O., II., S. 232—270; dagegen Unger, III., S. 391 ff.; abermals Fitting (V., S. 119—176); auf Windscheid's etwas formlose Abfertigung dieser Ansicht hat Fitting im Arch. f. civ. Pr., XLVI., S. 260 ff. entgegnet.

[15]) Gegen ihn Fitting, V., S. 86 ff.

[16]) Gegen die Behauptung mancher Schriftsteller (Gensler, a. a. O., §. 10, Glück, XVII., S. 161; Cropp, S. 199; Thöl in früheren Aufl.), daß der Käufer in Betreff der Erklärung sich einer mora schuldig mache und deshalb von da an alle Gefahr der Verschlechterung trage — s. Bangerow (III, §. 635, S. 453 der 6. Aufl.), Goldschmidt (I., S. 128—131), und jetzt auch Thöl (4. Aufl., S. 437). Wol aber kann der Käufer wegen mora in Rückstellung der ihm etwa schon übergebenen Sache haftbar werden.

[17]) Nur beim pact. displicentiae ist gesetzlich eine Frist von 60 dies utiles fixirt; doch ist diese Form wol dem heutigen Verkehre fremd (vgl. Fitting, II., S. 278 ff.), und eine Ausdehnung jener Bestimmung auf die anderen Fälle ist unzulässig. (S. Goldschmidt, S. 125 ff.; Fitting, II., S. 272 ff., 278; Windscheid, Pand., II., §. 387, N. 13).

gehen über Existenz oder Wegfall der Bedingung entscheiden könnte; und der Verkäufer, der nicht länger in Ungewißheit schweben will, muß den Käufer zu einer Erklärung auffordern,[18]) deren Unterlassung dann wie oben zu deuten ist. Doch muß dem Käufer jedenfalls so viel Zeit gelassen werden, als zur Vornahme der Besichtigung oder sonstigen Untersuchung nach den concreten Verhältnissen erforderlich ist.

Anmerkung: Durch Goldschmidt's vortreffliche Abhandlung ist nachgewiesen worden, daß der in den Quellen oft erwähnte Weinkauf mit Ausprobung keineswegs, wie man früher meinte, als Musterfall des Kaufes auf Probe, vielmehr als ein ganz eigentümliches Produkt des römischen Verkehres anzusehen ist. Wein in Fässern (als species) wurde bei den Römern regelmäßig so verkauft, daß sich der Käufer vorbehielt, den Wein später ausproben und wenn er ihn kahnig oder sauer fände, aufschießen zu dürfen. Dies Geschäft (sog. degustatio) war im Zweifel ein resolutiv-bedingtes; der Käufer trug die Gefahr des Unterganges, der Verkäufer die der Verschlechterung (des acor und mucor); letztere Gefahr ging erst mit der Ausprobung und Billigung auf den Käufer über, und dies war auch die einzige Wirkung der letzteren. Ein willkührliches Rücktrittsrecht aber steht hier dem Käufer nicht zu, und darin liegt der wesentlichste Unterschied vom Kauf auf Probe. — Da aber dieser Weinkauf gegenwärtig unzweifelhaft der Rechtsgeschichte anheimgefallen ist (Goldschmidt, Ztschft., I., S. 400, Fitting, II., S. 222), so kann im Uebrigen auf Goldschmidt's Abhandlung verwiesen wer-

---

[18]) Goldschmidt, S. 126 ff., läugnet die Notwendigkeit einer Mahnung; der Käufer müsse „so bald als tunlich" sich erklären. (Beistimmend Fitting, Arch. f. civ. Pr., XLVI., S. 250; Windscheid, II., §. 387). Ich zweifle, daß man damit „den vermutlichen Willen der Contrahenten" in der Mehrzahl der Fälle treffen würde. Es ist des Verkäufers Sache, wenn er nur eine bestimmte Zeit hindurch sich jene ungleiche Lage will gefallen lassen, einen Termin festzusetzen; sonst überläßt er es offenbar der Discretion des Käufers, wann er prüfen wolle („quandoque degustare emtor poterit", l. 4. §. 1. D. XVIII, 6). Zeigt sich der Käufer indiscret, dann mag er ihm eine Frist setzen (vgl. auch H. G. B., A. 339, Abs. 3); sonst aber fehlt es an einem fixen Momente, dessen bloßes Verstreichen dem Käufer präjudiziren würde. Das „sobald als tunlich" gibt keine scharfe Grenze, und jedenfalls würde sich der hierüber einseitig aburteilende Verkäufer dem aussetzen, daß ihm der Käufer beweist, die Ausprobung sei ihm bisher eben noch nicht wol tunlich gewesen. —

den. Zustimmend haben sich geäußert: Fitting, a. a. O., II., S. 204, 205, und Arch. f. civ. Pr., XLVI., S. 240 und Unger, a. a. O., III., S. 411, N. 22. — Dagegen Arndts', Pand., §. 301, A. 1; zweifelnd in der 5. Aufl.; ebenso in einem Punkte Windscheid, II., §. 387, N. 6. —

§. 35.

(Fortsetzung.)

b) Ob nach preußischem Rechte der Kauf auf Probe als ein suspensiv-bedingter Kauf anzusehen sei, wie Goldschmidt (Ztschft., I., S. 409) meint, oder ob vorläufig noch gar kein Kauf vorliege, sondern nur „ein Vertrag des Inhaltes, daß der Offerent bis zur erhaltenen Erklärung der Zufriedenheit gebunden sein soll", wie Förster (II., S. 63 ff.) auszuführen sucht; — sicher ist, daß das Geschäft „seine volle Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte an" erlangt, „wo der Käufer seine Zufriedenheit . . . zu erkennen gegeben hat." (§. 333, I., 11.) Bis dahin trägt der Verkäufer alle Gefahr (vgl. §. 335). Als approbirend wird aber der Käufer behandelt, wenn er, „nachdem er die Sache wirklich in Besitz genommen, das erhaltene (soll wol heißen: bedungene) Kaufgeld ohne weiteren Vorbehalt bezahlt hat" (§. 334); ferner: wenn er die für die Erklärung etwa bestimmte Zeit verstreichen läßt (§. 335). Detinirt er vor der Erklärung, so haftet er für levis culpa (§. 338).

c) Französisches Recht.[1] Sowol „la vente faite à l'essai", als „la v. sous condition de dégustation"[2] gelten im Zweifel als suspensiv-bedingt (a. 1588)[3] und auch das beliebige Rücktrittsrecht

---

[1] Den aa. 1587, 1588 ist nachgebildet der a. 1499 niederländischen burgerlijk wetboek.

[2] Eine, wie mir scheint, müßige Unterscheidung der französischen Theorie, die sich doch wol nur auf die Verschiedenheit der Objecte (einerseits z. B. Wagen, Zugtiere, Maschinen; andererseits Nahrungsmittel, Spirituosen u. s. w.) und demnach die Verschiedenheit der Ausprobungsarten bezieht.

[3] Goujet et Merger, Dict. (2. Ausg.), IV, p. 983, No. 112; vgl. No. 138, 139. Ueber das periculum: No. 148, 150. — Wenn französische Schriftsteller betonen, daß der Verkäufer jedenfalls den Schaden trage, den die

des Käufers unterliegt im französischen Rechte wol keinem Zweifel.[4]) Eigentümlich ist die Präsumtion des a. 1587, daß bei Wein, Oel und anderen Waaren, bei denen Degustation gebräuchlich ist, „il n'y a point de vente, tant que l'acheteur ne les a pas goutées et agréées." Doch ist die Anwendung dieses Satzes auf das Handelsrecht bestritten,[5]) wie er denn überhaupt ein beschränkteres Anwendungsgebiet hat, als es auf den ersten Blick scheinen möchte.[6]) Läßt der Käufer die Frist, die für das Probiren bestimmt war, schweigend verstreichen, so gilt dies nach französischem Handelsrecht als Billigung der Waare,[7]) während für das Civilrecht die entgegengesetzte Wirkung behauptet wird.[8]) Wäre aber erwiesenermaßen das Geschäft als ein resolutiv-bedingtes gemeint gewesen, dann würde der Kauf durch das Verstreichen der Frist „pure et simple".[9]) In Ermangelung einer vertragmäßigen Fristbestimmung hat der Richter eine kurze Frist dem Käufer zur Erklärung anzuberaumen.[10])

d) Das österreichische Recht kennt den Kauf auf Probe in zwei Formen: als suspensiv- und als resolutiv-bedingtes Geschäft. Welcher Fall anzunehmen sei, darüber entscheidet natürlich zunächst der erklärte Wille der Parteien; beim Mangel einer solchen Erklärung der Umstand, ob der Preis sofort bezahlt wurde oder nicht (§. 1080, §. 1081); im ersten Falle ist der Kauf resolutiv-bedingt (§. 1081),

---

Sache bei einer ordentlichen verständigen Ausprobung leidet; — so muß bemerkt werden, daß es sich dabei nicht sowol um ein periculum, als vielmehr um das zum Vorscheinkommen verborgener Mängel handelt.

[4]) „Il dépend, en effet, de la seule volonté de déclarer que la marchandise ne lui plait pas" (l. c., No. 112). Ob aber im Falle des a. 1587 der Verkäufer durch Sachverständige die gute Qualität der Waare mit Erfolg beweisen dürfe, darüber s. die bei Zachariä (II., S. 349, A. 12) angeführten Schriftsteller.

[5]) Goujet, l. c., No. 113.

[6]) Ebd., No. 114—122.

[7]) Ebd., No. 144.

[8]) S. ebd., No. 143. Dieser Ansicht ist namentlich Troplong.

[9]) Ebd., No. 145.

[10]) Ebd., No. 146.

im zweiten Falle *suspensiv*-bedingt (§. 1080).[11]) Es ist hiebei nur an Fälle gedacht, wo der Käufer die Waare Prüfungs wegen sofort an sich nimmt. — a) War eine *Probezeit* bedungen, so wird beim *suspensiv*-bedingten Kaufe der Käufer „als Entlehner angesehen", d. h. er trägt kein periculum. Läßt er schweigend die Frist verstreichen, so gilt dies als Approbation (§. 1080 a. E.). — b) Im Falle der *Resolutiv*bedingung trägt der Käufer die Gefahr, die er nur durch eine rechtzeitige Rücktrittserklärung von sich abwälzen kann (§. 1081). Insoferne trägt der Verkäufer mittlerweile die Gefahr der Verschlechterung. — c) War keine Frist verabredet, so supplirt das Gesetz in beiden Fällen (a und b) bei *beweglichen* Sachen eine Frist von drei Tagen, bei *unbeweglichen* eine Frist von *einem* Jahre (§. 1082). — d) In den selteneren Fällen, wo der Käufer die Waare noch beim Verkäufer belassen hat, muß zu den anderen Voraussetzungen noch die *Tradition* hinzukommen, damit die Gefahr auf den Käufer übergehe.[12]) —

e) Das *deutsche* H. G. B. hat durch den A. 339 mehrere Streitfragen, die im gemeinen Rechte noch immer offen sind, abgeschnitten. Der Kauf auf Probe (oder „auf Besicht") gilt im Zweifel für *suspensiv*-bedingt.[13]) Des Käufers *beliebiges* Rücktrittsrecht ist ausdrücklich anerkannt.[14]) Doch liegt nicht in jedem Vorbehalte der Prüfung der Abschluß eines solchen Kaufes, da jener Vorbehalt auch

---

[11]) Vgl. *Stubenrauch* zu den cit. §§., und *Scheiblein*, Kauf, II., S. 255 ff.

[12]) *Wein- und Viehhandel* haben überall eine eigenthümliche locale Ausbildung erfahren. Das durch §. 10 des a. b. G. B. verbannte Gewohnheitsrecht bringt sich durch die „Auslegung der Verträge" doch großenteils zur Geltung. — Ueber den Weinhandel in *Tirol* existirt eine Abh. von *Jos. v. Zallinger* (1833), auszugsweise mitgetheilt in *Wessely's* Themis vom J. 1836, 2. Heft, S. 43 ff.; kritisirt in d. Ztschft. f. österr. Rechtsgel. v. 1834, III., S. 270; vgl. *Stubenrauch*, III, ad §. 1058, Note ***).

[13]) Hiemit sind die §§. 1080—1082 des a. b. G. B. für *Handelskäufe* außer Kraft gesetzt.

[14]) Mit den Worten: „unter der in dem *Willen* des Käufers stehenden Bedingung" und: „*der Käufer ist* vor seiner Genehmigung an den Kauf *nicht gebunden*." Vgl. *Protok.*, S. 1368.

den Sinn haben kann, daß die Annahme der Waare nicht als Genehmigung angesehen werden dürfe; also eine Frage der Interpretation. — Des Käufers Stillschweigen hat beim Kaufe auf Probe folgende Wirkungen: I) Die Waare war bereits übergeben und a) eine Probefrist bedungen; mit Ablauf derselben gilt das Geschäft als genehmigt; b) war keine Frist bedungen und fehlt es auch diesfalls an einem feststehenden Ortsgebrauche, dann kann der Verkäufer nach Ablauf einer angemessenen Zeit den Käufer sich zu erklären auffordern. Stillschweigen gilt als Approbation. II. War die Waare nicht übergeben, so gilt das Stillschweigen innerhalb jener Fristen (s. a und b) insofern als Ablehnung, als der Verkäufer weiter nicht gebunden ist.

Ueber das periculum braucht — um Wiederholungen zu vermeiden — nur so viel bemerkt zu werden: Die Deterioration kann für den Käufer Veranlassung zur Mißbilligung der Waare sein; aber er kann nicht etwa das Geschäft aufrecht halten und eine Preisminderung begehren; er kann dies weder nach gemeinem Rechte,[15]) noch nach dem deutschen H. G. B., noch speziell nach österreichischem Rechte (trotz §. 1049);[16]) da ein solches Begehren der Natur dieses Geschäftes widerspricht. Rechtzeitige Ablehnung wälzt alle Gefahr dem Verkäufer zu, auch die des Rücktransportes der ad experiendum übergebenen Waaren. Welche Diligenz der Rücksendende (bezüglich der Verpackung, Wahl der Transport-Mittel und -Personen) zu prästiren habe, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bemessen.[17])

Ueber die verschiedenen bei diesem Kaufgeschäfte vorkommenden Clauseln und deren Sinn s. Goldschmidt, Ztschft., I., S. 440 ff. — Ein Kauf „laut Probe" ist nicht als Kauf auf Probe zu verstehen. (Arch. von Busch, I., S. 234, 405.)

---

[15]) Unrichtig Mommsen, Beitr., I., S. 287, 337; für das preuß. R. vgl. Förster, I., S. 731.

[16]) Auf das durch Billigung der Waare perfect gewordene Geschäft sind (fürs österr. H. R.) die Grundsätze des a. b. G. B. anzuwenden.

[17]) Vgl. Voigtel: „Kauf auf Probe. Zurücksendung der nicht genehmigten Waare . . ." im Arch. von Busch, VI., S. 251—268. Bezüglich des periculum bringt der Aufsatz nichts Neues.

IV.
Kauf nach Probe. [1])

§. 36.

Ein Kauf nach Probe ist immer vorhanden, wenn der Verkäufer verspricht, daß das Kaufobject überhaupt oder in bestimmter Beziehung einer ihm vom Käufer oder auch dem Käufer von ihm vorgewiesenen (übergebenen) Probe [2]) gleichen werde. Dieses Geschäft, in den römischen Quellen nicht erwähnt, ist ein Product des Handelsverkehrs, und hat auch nur fürs Handelsrecht eine große Bedeutung. [3]) Die, wie es scheint, noch immer herrschende, von Cropp herrührende, Auffassung [4]) stellt dies Versprechen unter den Gesichtspunkt der „dicta et promissa" und will fürs gemeine Recht die Grundsätze des ädilischen Edictes zur Anwendung bringen. Hesse hat aber in einem guten, und zu wenig berücksichtigten Aufsatze [5]) eine andere Auffassung dargelegt, die hier kurz zusammengefaßt werden soll. Die Probe ersetzt die Beschreibung der generell gekauften („bestellten") Waare. Die zahlreichen oft nur durch aufmerksame Betrachtung (durch Be-

---

[1]) Literatur: Cropp (in Heise und Cropp, Abh., I., No. 13); Hesse in Linde's Ztschft. f. Civ. R. u. Pr., N. F., III., N. 4 („Ueber den Kauf nach vorgezeigten Proben"); Thöl, H. R., I., §. 72. Fd. v. Hahn, Comment., II., S. 196 ff.; Auerbach, II., S. 104 ff.; Busch, Arch., V., S. 326, 406. — Die Stellung des Kaufes nach Probe neben den Kauf auf Probe hat keinen systematischen, sondern nur den äußerlichen Grund für sich, daß man die Verschiedenheit der ähnlich benannten Geschäfte hervorheben will. — Nur ein anderer Ausdruck ist „Kauf laut Probe" s. Busch, Arch., I., S. 231, 405.

[2]) Bei Schnittwaaren und auch bei Bestellungen anzufertigender Sachen sagt man: „Muster."

[3]) Die Civilgesetzbücher übergehen auch regelmäßig den Kauf nach Probe mit Stillschweigen.

[4]) Mit Cropp stimmen überein: Thöl, a. a. O., Bangerow, III., §. 635 a. E., Endemann, §. 117, III. und wie es scheint, auch Arndts, §. 301, N. 2. Zweideutig äußern sich F. v. Hahn, a. a. O., Seuffert, Pand., §. 324, Z. 5, Windscheid, II., S. 409.

[5]) S. hier N. 1; seine Bemerkungen über periculum sind zum Teile ungenau.

fühlen, Schmecken u. s. w.) erkennbaren vom Käufer gewünschten Eigenschaften, lassen sich meistens mit Worten nicht genau beschreiben. Die Probe enthält also eine Angabe der verlangten Beschaffenheit der Waare, gerade wie die wörtliche Mitteilung von Merkmalen, womit die generelle Bestimmung der Waare geschieht. Nach Cropp's Auffassung begründet die Nichtprobemäßigkeit der Waare Ersatzansprüche wegen nicht gehaltener „dicta et promissa", nach der Ansicht Hesse's wurde eine andere Waare bestellt, eine andere geliefert, der Vertrag ist also nicht erfüllt und der Käufer kann Erfüllung (Lieferung probemäßiger Waare) und Schadenersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung verlangen.

So zutreffend Hesse's Ausführungen für viele Fälle sind, so übersah er doch, daß der Kauf auf Probe gleichwol auch als Spezieskauf vorkomme,[6]) wo dann die ältere Auffassung berechtigt ist. Ob aber Spezies- oder Genuskauf oder [und dies ist die dritte Möglichkeit] emtio rei futurae,[7]) — immer[8]) ist der Kauf nach Probe als ein unbedingtes Geschäft anzusehen. Dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen; hierin stimmen auch jene beiden Auffassungen überein, und dasselbe bestimmt A. 340 des H. G. B. Dieser Artikel geht [wie die Protokolle zeigen[9]] auf Spezies- wie auf Genuskäufe; doch sollte er nicht entscheiden, wie im concreten Falle die Haftbarkeit sich äußern solle.

Es ist quaestio facti, unter welche der drei Kategorien ein Kauf nach Probe fällt; und darnach beantwortet sich die Frage nach dem periculum.

---

[6]) Vgl. Thöl, §. 72, N. 2; Auerbach, II., S. 105 ff.

[7]) Bestellung einer nach einem Muster anzufertigenden Sache; verwandt der l. c. operis. — Ueber die „Ausfallmuster" der Fabrikanten s. Busch, Arch., V., S. 469. —

[8]) Es hätten denn die Parteien erweislich etwas Anderes gewollt; vgl. F. v. Hahn, II., S. 196, 197.

[9]) Uebrigens spiegelt sich in den Verhandlungen über A. 340 eine unglaubliche Begriffsverwirrung.

V.
Kauf künftiger Sachen.

§. 37.

a) Gemeines Recht.

Erſter Fall. Die Waare ſoll erſt angefertigt werden vom Verkäufer.[1]) Dabei mag durch wörtliche Beſchreibung oder ein Muſter[2]) die gewünſchte Beſchaffenheit der Waare feſtgeſtellt ſein. Bis zur erfolgten Lieferung trägt der Verkäufer alle Gefahr; ſobald contractmäßige Waare tradirt wurde, trägt der Käufer alle Gefahr. Die Tradition bewirkt den Gefahrübergang; contractwidrige Beſchaffenheit kann dieſen Erfolg hindern. D. h.: 1) Die Tradition allein genügt nicht immer, den Gefahrübergang zu bewirken; aber auch 2) die Mißbilligung allein nie, ihn aufzuhalten; ſie muß eine gegründete ſein.[3]) 3) Contractwidrige Beſchaffenheit ſchadet nicht, wenn die Waare nicht gerügt[4]) oder wenn ſie gar gebilligt wurde. 4) Der Käufer muß ſobald als möglich prüfen, beziehungsweiſe rügen. Geht die Sache unter, bevor der Käufer prüfen konnte, ſo hat der Verkäufer die Contractmäßigkeit zu beweiſen; hätte aber der Käufer ſchon prüfen können und hat es nicht getan, dann hat er auf ſein Prüfungs-, beziehungsweiſe Mißbilligungsrecht verzichtet und trägt den Schaden.

Acceptation[5]) einer nicht-contractmäßigen Waare iſt gleichſam[6])

---

[1]) D. h. dieſer hat für die Anfertigung zu ſorgen. — „Beſtellung einer anzufertigenden Sache" umfaßt dieſen Fall und die l. c. operis.

[2]) S. den vorigen §. Beiſpiele: Anfertigung einer Maſchine nach einem Modell; Beſtellung von 1000 Stück Uniformen nach einem Muſter; vgl. l. 65. D. XVIII, 1.

[3]) Die l. 24. pr. D. XIX, 2 iſt hier analog anzuwenden.

[4]) Das Schweigen gilt aber nicht als Verzicht auf das Rügerecht bezüglich ſolcher Fehler, die dem Empfänger auch ohne Nachläſſigkeit verborgen bleiben konnten. (Vgl. H. G. B., A. 347, Abſ. 2.)

[5]) Mit dieſem Ausdruck ſollen die Fälle der ausdrücklichen Billigung und die der Nichtausübung des Rügerechtes umfaßt werden.

[6]) „Gleichſam", weil die entſcheidenden Momente oft einem Teile oder gar beiden Teilen nicht zum Bewußtſein gelangen.

die Annahme einer Verkaufsofferte; d. h. Auflösung des früheren Contractes und Eingehung eines neuen, unbedingten, sofort vollzogenen Kaufes.

So wird die contractmäßige Beschaffenheit faktisch durch ausdrückliche oder stillschweigende Acceptation ersetzt. — Das in Frage stehende Geschäft ist verwandt einerseits mit dem Genuskauf, andererseits mit der loc. cond. operis.[7]) Letzteres zeigt sich in des Verkäufers Verpflichtung zu einer Herstellung, die regelmäßig innerhalb einer bestimmten Zeit geschehen muß. Liefert er nicht rechtzeitig annehmbare Waare, so wird er, soferne es zugerechnet werden kann, schadensersatzpflichtig.

Zweiter Fall: Eigentliche emtio rei futurae:

a) als Genuskauf, z. B. A kauft zehn Maß Oel von der nächsten Ernte des Oelgartens x; fünfzig Pfund Fischfleisch vom nächsten Zug aus einem Karpfenteich; zwölf Säcke Aepfel nächster Ernte des Gartens y; zwanzig Exemplare eines Bildes, dessen Platte schon zum Abziehen fertig ist. Diese Fälle unterscheiden sich dadurch von den oberen, daß hier der Verkäufer nicht für den Käufer arbeitet oder arbeiten läßt; er würde jedenfalls seinen Oelgarten pflegen, den Karpfenteich ablassen, die Obstlese abhalten, die Platte abziehen lassen. Er arbeitet also nicht für den Käufer, wenngleich er diesem gegenüber verbunden ist, das Geschäft nicht zu vereiteln.[8]) Das Wagniß bezieht

---

[7]) Ueber die Grenze zwischen beiden s. l. 65. D. XVIII, 1; Gaius III, 147 (= §. 4. J. III, 24); l. 2. §. 1. D. XIX, 2. — Uebernahme von Häuserbauten: l. 20. D. XVIII, 1; l. 22. §. 2. D. XIX, 2; ein Folgesatz ist l. 30. §. 3. D. XIX, 2. — Ob der Schiffserbauer oder der Besteder (Bauherr) die Gefahr eines im Baue begriffenen Schiffes trage, hängt davon ab, ob der im Mählbrief beurkundete Vertrag sich als emtio venditio oder l. c. operis darstellt (hiefür auch A. Heise). M. Pöhls (Handelsr., III. Bd., II. Teil, §. 367, S. 51 ff.) läugnet diese Unterscheidung; eine emtio vend. könne nur bei Anfertigung kleiner Gegenstände (z. B. Fingerringe) angenommen werden; bei großen Sachen, also auch bei Schiffen sei das opus stets das Prinzipale, dem der Kauf des Materials folgen müsse (mit Berufung auf l. 22. §. 2. D. XIX, 2). Dagegen unterscheidet er beim Schiffsbau l. c. operis und l. c. operarum; ebenso Kaltenborn, Grundsätze des prakt. Europäischen Seerechts, I. Bd, §. 42.

[8]) S. l. 8. pr. D. XVIII, 1; vgl. auch l. 12. D. XIX, 1.

ſich hier nur auf die ungewiſſe Qualität der Sachen (abgeſehen von einem Verſchulden des Verkäufers). Denn ein ſolcher Kauf iſt bedingt durch die Entſtehung derjenigen Sachen, aus welchen einige dem Käufer geliefert werden ſollen. Geht z. B. die ganze Oelernte unter, ſo zahlt der Käufer nichts, ergibt ſie nur fünf Maß, ſo zahlt er die Hälfte.[9]) Sonſt entſcheiden über das periculum die Regeln des Genuskaufes (ſ. unten).

b) Als Spezieskauf, z. B. A kauft die nächſte Ernte von dem Felde x; oder das erſte Kalb, welches dieſe oder jene, noch unerwachſene Kuh, einſt werfen wird (emtio rei speratae). Bedingung iſt auch hier: die Entſtehung der Sache; mit der ſelbſtändigen[10]) Exiſtenz derſelben wird der Kauf perfect und geht die Gefahr auf den Käufer über.

Neben den letzten Fall wird gewöhnlich noch ein drittes Geſchäft geſtellt: der Hoffnungskauf (emtio spei), wobei wieder zwei Arten zu unterſcheiden ſind:

a) das Ausſpielgeſchäft,[11]) ein aleatoriſcher Vertrag, der immerhin mit dem Kaufe verwandt iſt. Der Ausſpielende verkauft gleichſam ein gewiſſes, ganz beſtimmtes Object: eine species praesens (und darum gehört dieſer Fall des Hoffnungskaufes nicht her); er verkauft es dem A unter einer caſuellen Suſpenſivbedingung; ebenſo dem B, dem C, dem D u. ſ. w. Er iſt dazu deshalb berechtigt, weil dieſe Suſpenſivbedingungen von der Art ſind, daß eine Colliſion, wie

---

[9]) L. 39. §. 1. D. XVIII, 1; vgl. Mommſen, Beiträge, I., S. 239. Bangerow, Pand., III, §. 632, I., 1; Glück, IV., S. 198 ff., N. 12.

[10]) Fructus stantes, pendentes gelten als Teil des Bodens, des Baumes. (l. 44. D. VI, 1) Darum bezeichnet die Rechtswiſſenſchaft den Kauf von ſtehendem Gras, Getraide, von Obſt auf den Bäumen als Kauf künftiger Sachen, oder richtiger als Kauf von Sachen, welche in dieſem Zuſtande nicht tradirt werden können (l. 25. D. XIX, 1). Es kann hier auf eine rechtsphiloſophiſche und praktiſche Prüfung des obigen als unzweifelhaft geltenden Dogmas nicht eingegangen werden. Nur darauf möge hier aufmerkſam gemacht werden, daß die aus jenem Satze ſich ergebenden civil- und ſtrafrechtlichen Conſequenzen mit den Bedürfniſſen und Anſchauungen des Verkehrs oft in Widerſpruch geraten.

[11]) Vgl. A. Krügelſtein, Ueber den begrifflichen Unterſchied von Spiel und Wette (1869), S. 4 ff.

sie sonst beim mehrfachen Verkaufe entsteht, unmöglich ist. Der Unterschied vom bedingten Kaufe besteht aber darin, daß unser „Käufer" jedenfalls eine Summe zahlen muß, und daß diese Summe sich nicht als ökonomisches Aequivalent der Sache (als Preis) darstellt.

b) Das Object der einen Leistung ist noch völlig ungewiß (z. B. emere pantheram, futurum jactum retis). Dieses aleatorische Geschäft ist überhaupt gar kein Kauf:[12]) sein Namen darf uns so wenig irre führen, wie die Stellung in den Quellen; denn letztere erklärt sich durch das Bemühen, den Unterschied zwischen diesem Geschäfte und der emtio rei speratae klar zu machen; ähnlich wie in unserem Handelsgesetzbuch der Kauf auf Probe, der Kauf nach Probe, und der Kauf zur Probe (A. 339, 340, 341) neben einander gestellt sind. — „Nec emtio, nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi" (l. 8. pr. D. XVIII, 1). Und welches wäre denn hier die Waare? Die gezogenen Fische? Wenn auch kein einziger gezogen wird, so muß doch die bedungene Summe gezahlt werden, die daher gewiß Niemand als „Preis" bezeichnen darf. Also ein Kauf ohne Waare und ohne Preis, — das bekannte klingenlose Messer, woran das Heft fehlt! — Wenn man aber als Object bezeichnet: die alea, die spes, das ipsum incertum rei, die Gewinnmöglichkeit, „die Hoffnung";[13]) so muß bei nüchterner Ueberlegung

---

[12]) Dies gegen die herrschende Meinung, auf deren Boden auch Krügelstein (a. a. O., S. 3 ff.) steht; ihm eigenthümlich ist die Unterscheidung von Geschäften „bei denen das Wagniß .... die einzige materielle causa des Vertrags ist" (S. 9) und von solchen, bei denen das Wagniß nur „ein modificirendes Nebenmoment ist" (S. 2), denen zwei causae zu Grunde liegen: „die specielle Vertrags-causa und dann die causa der alea". Der letzteren Gruppe zählt er sowol die emtio rei speratae, als die emtio spei bei. — Uebrigens unterscheidet dieser Schriftsteller die beiden Geschäfte in derselben Art, wie hier geschehen ist (vgl. l. 8. D. XVIII, 1). Eine andere Abgrenzung s. bei Glück, IV., S. 192 ff.; wieder eine andere bei Vangerow, III, §. 632, I. [gegen ihn auch Krügelstein, S. 3, not. b)]. Vgl. noch Unterholzner, Schuldverhältnisse, II., §§. 478—480.

[13]) Auch Krügelstein bezeichnet „die Hoffnung" als „Gegenstand des Geschäftes" (a. a. O., S. 3). In den Quellen werden als Object des Kaufes bezeichnet bald die gehofften Sachen, bald die Hoffnung selbst. Ersteres ist z. B.

Jedermann einsehen, daß dies nur bildliche Ausdrücke sind.[14]) Die Hoffnung ist doch eine zu luftige Waare;[15]) und Keiner wäre zufrieden, wenn ihm z. B. nach geschehenem Fischfang der Fischer sagen würde: „Die Hoffnung hast du schon gehabt; die Fische behalte ich für mich" —!

Dieser aleatorische Vertrag, bei dem eine gewisse und eine ungewisse Leistung einander gegenüberstehen, hat mit dem Kaufe nicht mehr, sondern viel weniger Aehnlichkeit, als jeder entgeltliche Vertrag. In viel eigentlicherem Sinne könnte man reden vom Kaufe des Gebrauchswertes eines Kapitals, oder: des Rechtes, eine Sache drei Jahre lang zu gebrauchen, oder vom Ankauf gewisser persönlicher Dienste oder Leistungen.

---

der Fall in l. 11. § 18. D. XIX, 1 (Ulp.), wo von emere pantheram (d. h. dasjenige, was in die panthera gefangen wird) und futurum iactum retis gesprochen wird; letzteres ist in den meisten Stellen der Fall (s. hier N. 15).

[14]) Dies ist anerkannt von Ulpian in l. 11. D. XVIII, 4, wo er sagt, es sei „emta ... quasi spes hereditatis"; Paulus in l. 7. eod. gebraucht ohne weiteres den bildlichen Ausspruch; dagegen sagt auch Pomponius in l. 8. D. XVIII, 1: „quasi alea emitur". Es ist aber (wie insbesondere die zwei letzten Stellen zeigen) unläugbar, daß die Römer sich dies Verhältniß durch Zusammenstellung mit dem Kaufe klar zu machen suchten. Gleichwol muß es erlaubt sein, diese Construction als ungenau zu bezeichnen. — Daß „emtio spei" ein metaphorischer Ausdruck sei, sagt ausdrücklich Lang, Beitr. zur Hermeneutik des röm. R., S. 241; vgl. Brinz, §. 112: „gewissermassen die Möglichkeit des Dinges" .... wenn „in Gestalt eines Kaufes gespielt wird ...., so ist möglicherweise Nichts gekauft und doch wird ein Kauf angenommen."

[15]) Goose (in Jhering's Jahrb., IX., S. 210) belehrt uns, daß „die Hoffnung vollständig den Charakter einer species hat" (!), bemerkt aber selbst, daß „sowenig Tradition wie Eigentum an einer Hoffnung denkbar ist." — Die letztere Bemerkung dürfte mehr Glauben finden, als die erstere! — Vgl. die kindischen scholastischen Erörterungen bei G. Fürbringer, de emptione spei (diss. 1714), §. 5. (Dies Schriftchen wird auch unter dem Namen des Präses Stryk citirt und ist 1742 wieder abgedruckt worden.)

§. 38.

b) Das preußische Landrecht hat auch da statt leitender Prinzipien eine Menge unnützer Detailbestimmungen. Hervorzuheben ist: der §. 531 (I, 11), der eine der älteren Theorie entnommene Auslegungsregel enthält (vgl. Zeiller, III., 2. Abt., S. 676, Z. 6); — eine Singularität enthielt §. 583 (ist aufgehoben durch Ges. vom 11. Juli 1845, §. 1); — der Sinn des §. 584 („Gefahr und Vorteil aus einem solchen Vertrage trifft allein den Käufer") ist der: der Preis bleibt sich gleich, wie auch Quantität und Qualität der Kaufsobjecte sich herausstellen mögen. Er ist begrenzt einerseits durch §. 587, andererseits durch §. 582 („ohne Bestimmung von Zahl, Maß und Gewicht").

c) Ueber das französische Recht s. Goujet et Merger, Dict. (2. Ausg.), T. IV., p. 990 sv.: „vente des produits futures déterminés", z. B. einer ganzen Ernte; wenn alle Früchte zu Grunde gehen, braucht der Käufer nichts zu zahlen (l. c. No. 157—159); „vente à forfait", wo der Käufer jedenfalls den ganzen Preis zahlen muß, auch wenn das gekaufte Schiff, die gekaufte Ernte u. s. w. völlig untergehen (No. 160—172); „vente d'espérance" s. No. 163—165.

d) Oesterreichisches Recht. 1) Kauf anzufertigender Sachen: §. 1158 des a. b. G. B. = §. 4. Inst. III, 24. §. 1157: „Wenn durch einen bloßen Zufall der zur Verfertigung eines Werkes vorbereitete Stoff oder das Werk selbst ganz oder zum Teile zu Grunde geht, so trägt der Eigentümer des Stoffes oder des Werkes den Schaden." So ist es fürs österreichische Recht viel wichtiger, als fürs römische zu unterscheiden, ob emtio vend., oder loc. cond. operis vorliege. Denn nach römischem Rechte trägt in der Regel[1]) in beiden Fällen der Besteller sogleich die Gefahr, während diese Uebereinstimmung im österreichischen Rechte nicht vorhanden ist.[2])

---

[1]) Ueber den l. 36. D. XIX, 2 s. die bei Arndts §. 315, A. 2 Angeführten und Weiske im Rechtslex., VII., S. 819.

[2]) Vgl. Stubenrauch, III., zu §. 1157.

Daß sich das Billigkeitsgefühl oft gegen das Resultat der Anwendung des §. 1157 sträubt, beweist nichts gegen das deutschrechtliche Prinzip; vielmehr beweist es, daß in dem (nach §. 1158) als Kauf behandelten Geschäft doch eine Dienstmiete, ein Lohnverhältniß steckt, daß der alte Cassius doch Recht hatte! (Gaj. III. §. 147). 2) E. rerum futurarum als Genuskauf: wie nach gemeinem Recht. Vgl. §. 1275. — 3) Die emtio rei speratae und die emtio spei[3]) werden in nicht zu rechtfertigender Weise gleichgestellt (§. 1065, §. 1276); in beiden Fällen trägt der Käufer „die Gefahr der ganz vereitelten Erwartung." — Haimberger[4]) will beim Verkauf des Obstes auf Bäumen unterschieden wissen, ob der Käufer selbst sofort die Früchte bewachen und seiner Zeit pflücken dürfe oder aber erst zur Zeit der Reife kommen müsse, um die vom Eigentümer des Gartens gepflückten Früchte abzuholen. Im ersten Falle sei der Garten eigentlich in Bestand gelassen und es finde eventuell nach §. 1104 Remission des Pachtzinses statt; im zweiten Fall sei §. 1276 anzuwenden. Das ist natürlich ganz verkehrt: wer Obst am Stamme kauft, pachtet damit nicht den Garten; Gras, Gemüse, Rüben, Kartoffel u. dgl. werden vom Eigentümer cultivirt und perzipirt. Der Käufer des Obstes darf im Garten nichts vornehmen, als was auf Schutz und Perception des Obstes abzielt. Wenn aber vielleicht Haimberger diesen Einwand durch den Zusatz: „zum Zwecke der Percipirung der Früchte in Bestand gelassen" abschneiden wollte, so käme dies der abenteuerlichen Behauptung gleich: man könne denselben ganzen Garten an zwei Menschen gleichzeitig verpachten; dem Einen die Benützung des Bodens, dem Andern den Ertrag der Bäume überlassend![5]) —

---

[3]) Zeiller nennt die Fälle des §. 1275 „Kauf einer gehofften Sache", die Fälle des §. 1276 „Hoffnungskauf" (III., 2. Abt., S. 674); dies entspricht nicht dem gemeinrechtlichen Sprachgebrauche; vgl. Seuffert, Pand., II., S. 196; Windscheid, II., §. 385, N. 5.

[4]) Ztschft. f. österr. Rechtsgel. (1837), I. Bd., S. 184, 185.

[5]) Was Haimberger's Berufung aufs römische R. betrifft, so ist zu bedauern, daß er auch nicht eine Stelle für seine Behauptung beigebracht hat; was die praktische Seite des Verhältnisses betrifft, so hätte ihm jeder Landmann sagen können, warum sich kein vernünftiger Mensch auf ein Geschäft einlassen kann, wie er es in seinem zweiten Fall voraussetzt. —

Anmerkung: Wegen seiner gewagten Natur war der „Kauf der Früchte auf dem Halme“ oft verboten oder doch nur mit Beschränkungen gestattet: so im deutschen Reiche durch die R. P. O. von 1577, Tit. 19, §. 3; in Lübeck (s. Hach, Das alte lübische R., S. 555, N. X.); in Oesterreich durch Hofd. vom 30. Jänner 1807. Vgl. hiezu die bei Fürbringer, de emptione spei (1714), §. 16 zusammengestellten Notizen.

VI.

Alternativer Kauf. [1])

§. 39.

a) Gemeines Recht.

Der Gegenstand eines Kaufgeschäftes kann in dem Sinne noch unbestimmt sein, daß eines von mehreren individuell bestimmten Objecten nach Wahl des Verkäufers [2]) oder Käufers [3]) oder eines Dritten [4]) geleistet werden soll (alternativer Kauf). [5])

A) Die Wahl steht dem Verkäufer zu:

---

[1]) Ueber alternative Obligationen überhaupt: Savigny, Obl. R., I., §. 38 (aber auch Mommsen, Beiträge, I., S. 541, N. 23, Ihering, Jahrb. f. Dogm., IV., S. 406, N. 49, 50). — Mommsen, Beitr, I., S. 46, 308 ff; Arndts, Pand., §. 203; Bangerow, III., §. 569; Fuchs, Arch. f. civ. Pr., XXXIV., S. 235 ff. — Holzschuher, III., §. 210. — Fitting, Correal-Oblig., S. 136 ff. — Windscheid, Pand., II., §. 255; Goldschmidt, Handbuch, S. 536, 537. — Bekker, Jahrb. d. gem. deutsch. R., V., S. 353, 363, 364, insbes. 365, 373. —

[2]) Ist nichts bestimmt, so hat regelmäßig der Schuldner (Verkäufer) die Wahl: l. 25. pr. D. XVIII, 1 und l. 34. §. 6. cit.: „in potestate est venditoris quem velit dare.“

[3]) In Folge ausdrücklicher Bestimmung (l. 34. §. 6. „emtoris arbitrium“; vgl. l. 112. pr. D. de V. O. XLV, 1).

[4]) In solchem Falle liegt zugleich ein durch die Wahl des Dritten bedingtes Geschäft vor (vgl. l. 141. §. 1. D. de V. O. XLV, 1, ähnlich wie im Falle der l. 15. Cod. de contr. emt. IV, 38).

[5]) Die abweichenden Darstellungen von Bangerow, Pand., III., §. 569, und Mommsen, Beitr., I., S. 308 ff. beziehen sich auf alternative Obligationen überhaupt. Sonst sind zu vergl.: Zimmern, Erlöschen altern. Forderungsrechte, Arch f. civ. Pr., I. B., N. XXIII. und etwa noch Goose (Jahrb. f. Dogm., IX., S. 210), Etzdorf, p. 25.

1) Die Obligation erlischt, wenn beide [6]) Objecte casuell untergehen. Bei successivem Untergange trifft der Schaden des ersten Unfalls den Verkäufer, der des letzteren den Käufer. [7]) Bei gleichzeitigem Untergange kann man nicht sagen, welchem von beiden diese, welchem jene Sache unterging; doch ist dies auch völlig gleichgültig. [8]) So lange beide Sachen unversehrt sind, hat der Verkäufer an der Unversehrtheit beider ein gleiches Interesse. Ein mittelbares hat auch der Käufer, indem durch den Untergang eines Objectes der Bestand seines Forderungsrechtes bedroht wird.

2) Ist eine Sache casuell untergegangen, so trägt die Gefahr der andern Sache fortan der Käufer. [9]) Nicht eine Consequenz allgemeiner Prinzipien, sondern ein Ausfluß der Billigkeit ist die Bestimmung, daß bei Legaten der Onerirte gleichwol sich durch Leistung des Wertes der untergegangenen Sache liberiren kann (sog. facultas alternativa). Indem der Testator dem Onerirten anheimstellte, welches von zwei Objecten er leisten wolle, tat er dies in der Absicht, ihn minder zu belasten; er soll dasjenige hergeben dürfen, welches für ihn weniger Wert hat; durch einen Zufall diese Begünstigung vereiteln zu lassen, sah man sich um so weniger veranlaßt, als ein Legat ohnehin als reine Bereicherung des Honorirten erscheint. — Die Ausdehnung der Bestimmung der l. 47. §. 3. D. de legat. I. auf andere Obligationen erscheint daher an sich schon bedenklich. [10]) Die Ausdehnung auf das Kaufgeschäft ist gewiß unzulässig, weil sie der Natur desselben widerspricht. Wenn A dringend ein Pferd braucht

---

[6]) Der Kürze halber werden hier überall nur zwei Gegenstände in obligatione vorausgesetzt.

[7]) ... „prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit.“ l. 34. §. 6. D. cit.

[8]) Vgl. l. 34. §. 6: „unus enim utique periculo emtoris vixit.“

[9]) Da jetzt eine einfache obl. speciei vorliegt („extingui electionem“ l. 2. §. 3. D. de eo quod certo XIII, 4).

[10]) Die Gründe dafür s. bei Zimmern, Arch. f. civ. Pr., I., N. 23, Bangerow, a. a. O., und Mommsen, a. a. O., I., S. 310 ff., Fuchs, a. a. O., XXXIV., S. 237. — Dagegen Puchta und Bekker, a. a. O. (A. 1), S. 373 (letzterer schlägt einen Mittelweg ein: „si non longe vilior fuit.“)

und B zeigt ihm mehrere Pferde, A sagt: „das Pferd N oder das Pferd R, beide gefallen mir; ich überlasse es Dir, welches Du leisten willst", so gewährt eine solche Geschäftsform dem Verkäufer den Vorteil der Wahl, dem Käufer den Vorteil, daß sein Forderungsrecht nicht von dem Leben eines Pferdes abhängt; er hat vielleicht gerade deßhalb, weil er ein solches dringend braucht, diese Geschäftsform gewählt. Ist ihm nun geholfen, wenn der Verkäufer ihm den Wert des umgestandenen Pferdes bezahlen und das andere für sich behalten wollte? Kaufen heißt ja, Geld hergeben, um eine Sache sich zu verschaffen; ist es nicht absurd, daß A den Kaufpreis zahlen soll, damit ihm B den Schätzungswert, der etwa gleich oder geringer ist, entgegenzahle?! — Diese Entscheidung folgt so von selbst aus dem Begriffe der alternativen Obligation und aus dem Wesen des Kaufgeschäftes, daß sie so lange anzunehmen ist, bis ein Quellenbeweis gegen dieselbe erbracht wird. Weit entfernt davon sprechen die Quellen sogar für dieselbe. [11])

3) Hat der Unfall nur eine Verschlechterung der einen Sache bewirkt, so scheidet sie zwar nicht aus der Obligation aus, aber es ist gegen die bona fides des Verkehrs, nun sie dem Käufer aufdringen zu wollen; und auch gegen allgemeine Prinzipien. Denn das periculum des Gläubigers hält gleichen Schritt mit der casuellen Unmöglichkeit der Leistung Seitens des Schuldners. Der Schuldner muß so vollständig erfüllen, als es ihm eben noch nach dem casus möglich ist. Darum: wenn beide Objecte verschlechtert sind, muß er das minder deteriorirte hergeben. Diese Entscheidung ist auch in den Quellen angedeutet. [12])

4) Die eine Sache ist durch Schuld des Verkäufers untergegangen, oder während dessen mora. Da durch Verschulden des debitor dem Gläubiger die Gefahr, sein Forderungsrecht zu verlieren,

---

[11]) So die l. 95. §. 1. D. de solut. XLVI, 3, sehr entschieden aber die l. 55. D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Vgl. Mommsen, a. a. O., S. 312 ff.

[12]) l. 33. §. 1. D. de solut. XLVI, 3: „Sed et ab alio vulneratum si det, condemnandus erit, quum possit alium dare." — Vgl. auch l. 32. pr. D. XII, 6. Derselben Ansicht ist Mommsen, a. a. O., S. 309 und im Wesentlichen auch Bekker, S. 373.

nicht gesteigert werden darf, bleibt die aestimatio jener Sache subsidiär in obligatione.[13]) Wird aber in solchem Falle die zweite Sache casuell deteriorirt, so ist es wol das Natürlichste, dem Käufer anheimzustellen, ob er die verschlechterte Sache oder die aestimatio der ersteren als die vollständigere Erfüllung der Obligation annehmen wolle.

5) Gehen beide Sachen durch des Verkäufers Schuld unter (gleichviel ob gleichzeitig oder successiv), so hat er dem Käufer das Interesse zu ersetzen, das dieser an der gehörigen Erfüllung des Contractes hatte. Dieses kann höher sein, als die aestimatio des wertvolleren Objectes.

6) War bereits durch casuellen Untergang des einen Objectes die obligatio eine simplex geworden, als der Verkäufer den Untergang der zweiten verschuldete, so kann der Käufer das Interesse einklagen, das er an der Leistung der zweiten Sache hatte.[14])

7) Geht eine Sache durch Schuld des Käufers unter, so kann der Verkäufer erklären: „Gerade diese Sache hätte ich geleistet"; er ist liberirt; trägt aber dann auch die Gefahr der anderen Sache. Aber es steht ihm auch frei zu erklären: er wolle die zweite leisten und kann dann Schadensersatz wegen der ersteren verlangen.[15]) Casueller Untergang der zweiten Sache (so lange er nicht in mora ist) liberirt ihn.

8) War eine Sache schon früher casuell untergegangen, so hat der Käufer durch Zerstörung der zweiten seine Forderung zerstört; auch durch Deterioration hat er nur sich selbst einen Schaden zugefügt.

9) Wenn beide Sachen durch Schuld des Käufers zu Grunde gehen, so wird der Verkäufer frei und hat die Wahl, für welche der beiden er Schadensersatz verlangen wolle.

B) Steht die Wahl dem Käufer zu:

---

[13]) Vgl. noch Mommsen, a. a. O., S. 315, 316.

[14]) A. M. Bangerow und Mommsen, was nur eine Consequenz ihrer Ansicht über facultas altern. ist.

[15]) Vgl. Mommsen, S. 316, 317, und Bangerow, a. a. O. unter 3.

1) so ändert dies an der Entscheidung des ersten Falles nichts,[16])

2) eben so wenig an der des zweiten Falles. Hat aber der Käufer schon seine Wahl bindend erklärt,[17]) so trägt er fortan das periculum der gewählten Sache.

3) Ob eine oder beide Sachen casuell verschlechtert werden, der Käufer kann natürlich wählen, welche er will.

4) Da durch Schuld des Verkäufers dem Käufer sein Wahlrecht nicht entzogen werden soll, so hat im Falle 4) der Käufer die Wahl zwischen der übrig gebliebenen (deteriorirten oder nicht deteriorirten) Sache und der aestimatio der ersteren.

5) 6) Der fünfte und sechste Fall müssen auch hier ebenso entschieden werden; nur daß im fünften Falle des Käufers Wahlrecht häufig Einfluß auf die Berechnung des Interesse hat.

7) Wird die eine Sache durch Verschulden des Käufers deteriorirt oder zerstört, so verliert derselbe dadurch sein Wahlrecht nicht; aber wenn er nicht die zerstörte oder deteriorirte Sache als solutio annehmen will, so muß er für den angerichteten Schaden vollen Ersatz leisten.[18])

8) Die achte Entscheidung gilt auch hier.

9) Wenn beide Objecte durch des wahlberechtigten Käufers Schuld zu Grunde gehen, so wird der Verkäufer frei und kann auf Schadensersatz klagen. Welches Object aber der Berechnung zu Grunde gelegt wird, hängt von des Käufers Wahl ab.[19])

Die hier entwickelten Grundsätze müssen entsprechend combinirt

---

[16]) l. 34. §. 6. D. XVIII, 1: „Idem dicendum est, etiamsi emtoris fuit arbitrium."

[17]) Wann ist die Wahl bindend erklärt? s. l. 112. pr. D. de V. O. XLV, 1 und l. 138. §. 1. D. eod. Vgl. Bangerow, III., §. 569, Anm. 1, 2, und Windscheid, Pand., II., §. 255, N. 9.

[18]) Gegen Thibaut haben sich mit Recht erklärt Zimmern, a. a. O., S. 333 ff., Bangerow und Mommsen, a. a. O.

[19]) Ebenso Zimmern, S. 335, und Mommsen, S. 317, anders Thibaut; ganz anders wieder Bangerow.

werden in den Fällen, wo die eine Sache durch Schuld des Käufers, die andere durch Schuld des Verkäufers Schaden nimmt.[20])

C) Die Auswahl steht einem Dritten zu.

Diese Bestimmung wird manchmal vom Verkäufer in den Kaufcontract deßhalb aufgenommen, weil er sich auf das Urteil des Dritten mehr verläßt als auf sein eigenes. Hier ist der Kauf durch die getroffene Auswahl suspensiv-bedingt; so lange sie nicht geschehen ist, trägt der Verkäufer die Gefahr des Unterganges und in sofern auch die der Verschlechterung, als letztere auf die Auswahl oft bestimmend einwirken wird. Nach getroffener Auswahl ist der Kauf perfect und zugleich eine einfache obligatio speciei. Wenn eine Sache vor Auswahl durch Schuld des Verkäufers untergeht, so kann die Bedingung nicht mehr eintreten, der Kauf kommt nicht zur Perfection, aber der Verkäufer ist dem Käufer für die Vereitelung des Geschäftes verantwortlich. Trägt der Käufer an dem Untergange Schuld, so ist das Geschäft ebenfalls vereitelt und der Käufer schadenersatzpflichtig. Im Falle einer verschuldeten Deterioration ist er es dann, wenn die Wahl des Dritten nicht etwa gerade auf dies Object fällt.

§. 40.

b) Preußisches Recht. In zwei Richtungen unterscheidet sich dieses — nicht zu seinem Vorteil — vom gemeinen Recht. Während letzteres die Wahlobligation als eine perfecte behandelt, bei der nicht das „Ob?" sondern nur das „Was?" noch ungewiß ist, macht das Landrecht die Ausübung des Wahlrechtes zu einer Bedingung;[1]) und gestattet daher dem Käufer wegen zufälligen Unterganges der einen von zwei Sachen vom Vertrage abzugehen (§. 33, I, 11). Daß aber im Zweifel dem Käufer das Wahlrecht zugesprochen wird, ist, verglichen mit der Bestimmung des §. 274, I, 5 eine nicht zu recht-

---

[20]) Vgl. Zimmern, S. 336 ff.; dieser Schriftsteller nimmt aber eine facultas altern. auch beim Kaufe an, weßhalb ich seinen Resultaten vielfach nicht beistimmen kann.

[1]) Vgl. Förster, I., S. 358, 359; und bezügl. des österr. R. Stubenrauch, III., S. 85.

fertigende Inconsequenz. Von so falschen Prinzipien ausgehend, konnte man auch nur zu unbefriedigenden Resultaten gelangen. Untergang eines Objectes einerseits durch Zufall, andererseits durch des Verkäufers Schuld werden gleich behandelt (§. 33. h. t.), ebenso, wenn dem Verkäufer die Wahl vorbehalten war, casueller Untergang und Zerstörung durch des Käufers Schuld (arg. §. 37. h. t.). Ueber den Fall, wo eine Sache durch des Wahlberechtigten Schuld unterging, s. §. 34, §. 37 h. t. und Förster, II., S. 106, 107. —

c) Der Code civil verweist (in a. 1584, Abs. 2, 3) bezüglich des alternativen Kaufes auf die in a. 1189—1196 enthaltenen allgemeinen Grundsätze, aus denen besonders der folgende hervorzuheben ist: „Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place“ (a. 1193). Ist das hier im vorigen §. Ausgeführte wirklich gemeines Recht, dann kann man sagen, daß das französische damit im Wesentlichen übereinstimme. [2])

d) Nach österreichischem Recht hat regelmäßig der Verkäufer die Wahl und kann „von der einmal getroffenen“ (d. h. wol: von der dem Käufer erklärten Wahl) „für sich allein nicht abgehen.“ [3]) So verständig dies ist, so verkehrt ist die dem preußischen Rechte nachgebildete Bestimmung, daß der Untergang eines der mehreren „Wahlstücke“ den wahlberechtigten Teil vom Vertrage entbindet [4]) (§. 906, §. 907). „Unterläuft ein Verschulden des Verpflichteten, so muß er dem Berechtigten für die Vereitelung der Wahl haften“ (§. 907 a. E.). [5])

---

[2]) Nicht zu billigen ist die Bestimmung, daß a. 1193, Abs. 1 auch dann gelten soll, wenn eine der Sachen durch des Verkäufers Verschulden untergegangen ist.

[3]) Ausschließung des ius variandi.

[4]) Das Gesetzb. f. Louisiana enthält in a. 2447 den richtigen Grundsatz, daß durch casuellen Untergang einer der zwei Sachen die alternative Obligation in eine einfache verwandelt wird, gleichviel, welcher Partei die Wahl zusteht; fügt aber in a. 2448 die inconsequente, an das preuß. und österr. R. erinnernde, Bestimmung hinzu, daß der wahlberechtigte Käufer nach dem Untergang der Sache vom Vertrage zurücktreten kann, so lange er nicht in mora accipiendi ist.

[5]) Vgl. dazu Zeiller, III. B., I. Abt., S. 95; Nippel, VI., S. 128.

VII.
Genuskauf.

§. 41.

a) Gemeines Recht.

Auch beim Kaufe kann der Gegenstand (die Waare) vorerst nur der Quantität (Zahl) und Qualität nach bestimmt sein.[1]) Je mehr Merkmale (Eigenschaften) festgesetzt sind,[2]) desto enger wird natürlich der Kreis, aus welchem der Verkäufer die Waare nehmen kann, und es kann seine Wahl auch noch durch Angabe eines räumlichen Gebietes, aus dem die Waare genommen werden soll, beschränkt werden. Darum darf man nicht sagen, ein Genuskauf sei nur dann vorhanden, wenn der Gegenstand mit Artmerkmalen bezeichnet wird.[3]) So wenig man (wenigstens rücksichtlich des periculum) „gemischt-generelle Käufe" auszuzeichnen braucht,[4]) so wenig darf man die Fälle, wo

---

[1]) Ueber generische Obligationen überhaupt: Savigny, Obl. R., I., §. 39; Ihering, Jahrb., IV., S. 400 ff.; Windscheid, Pand., II., §. 255, 2, insbes. N. 20; Goldschmidt, Handb., S. 537, 553 ff. — Ueber Genuskauf insbes. Ihering's Aufsatz a. a. O., Bekker im Jahrb. d. gem. deutschen R., V., S. 350 ff.; Fick, Arch. f. deutsch Wechselr., VIII., insbes. S. 90, IX., insbes. S. 374 ff.; Regelsberger, Arch. f. civ. Pr., 49. Bd., S. 183 ff.; Samhaber, Linde's Ztschft., XIII., 11; — unrichtig ist Goose's Definition (Jahrb. f. Dogm., IX., S. 211). — Ueber den Unterschied zwischen dem generischen und dem alternativen Kauf s. Windscheid, §. 255, N. 21.

[2]) Zur Vereinfachung und Verdeutlichung der Beschreibung der bedungenen Eigenschaften, dient oft die Bezugnahme auf eine Probe oder ein Muster.

[3]) Savigny (Obl. R., I., §. 38, N. q. t. und S. 400) faßt den Begriff der alternativen Obligationen zu weit, und den der generischen zu enge. Vgl. Mommsen, Beitr., I., S. 341, Ihering, a. a. O., S. 406; Bekker, a. a. O., S. 365; aber auch Windscheid, II., §. 255, N. 17.

[4]) S. Goldschmidt (in s. Ztschft., III., S. 301—303 und Handb., S. 537). Dagegen Bekker, a. a. O. (s. N. 1), S. 365, 366. Jene Distinction beruht auf dem Gedanken, daß der Kreis, dem die Waare entnommen werden soll, so eng ist, und so bestimmt („ein certum"), daß er selbst sehr wol als species Gegenstand einer Obligation sein könnte. Ob diese Distinction Wert habe, braucht hier nicht untersucht zu werden; gewiß ist, daß beim Genuskauf der Käufer auch dann nicht

aus einem größeren Vorrat ein nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmtes Quantum ausgeschieden werden soll, unter emtio ad mensuram einreihen; denn auch das sind Genuskäufe.[5]) — Der Genuskauf ist so wenig, wie der alternative ein bedingtes Geschäft: nicht ob, sondern was zu leisten ist, ist noch unbestimmt.[6])

§. 42.

(Fortsetzung.)

Die ältere Literatur enthält keine Theorie über das periculum beim Genuskauf. In völliger Verkennung der praktisch so wichtigen Tatsache, daß der Act der Aussonderung der Waare aus dem genus mit der Tradition derselben zeitlich nicht zusammenzufallen brauche, sprechen die älteren Juristen unterscheidungslos von admetiri, adnumerare, tradere etc., wozu die Verwechslung der emtio ad mensuram mit dem Genuskauf nicht wenig beitrug. Selbst als die Frage schon in der Wissenschaft auftauchte, wurde sie nur nebenbei und ganz ungenügend behandelt.[1]) Meinte doch noch selbst Keller (Pand., §. 329), daß bei einer rein generischen Bestimmung der Waare „natürlich von einem Uebergang der Gefahr nicht von der Tradition die Rede sein kann"! Daß unsere österreichischen Schriftsteller von dieser oberflächlichen Behandlung keine Ausnahme machten, ist nur zu gewiß.[2])

---

sofort die Gefahr zu tragen hat, wenn der ganze Kreis casuell untergeht, also damit gewiß auch die geschuldete Sache untergegangen ist.

[5]) S. hier §. 49.

[6]) Gegen Mommsen (Beiträge, I., S. 337) und Fick (a. a. O., VIII., S. 86 ff.) s. Goldschmidt (Ztschft., III., S. 303; Fick's Entgegnung, a. a. O., IX., S. 390 ff.); Bekker, a. a. O., S. 368 ff.; Regelsberger, a. a. O., S. 186 ff.; Windscheid, Pand., II., §. 390, N. 9; Etzdorf, p. 17, 18.

[1]) Ueber die ältere Literatur s. Ihering, Jahrb. f. Dogm., IV., S. 373—379.

[2]) Vgl. G. Scheiblein, Kaufvertrag nach dem österr. b. G. B. (1819), II., S. 25: Beim Genuskauf könne „die Frage, ob die Gefahr den Verkäufer treffe, gar nicht aufgeworfen werden". Aehnlich Zeiller (1812), III. B., I. Abt., S. 342; Nippel (1834), VII. B., I. Abt., S. 154 ff.; Stubenrauch, B. III.,

§. 43.

(Fortsetzung.)

Es ist nicht zufällig, daß H. Thöl die Frage nach der Gefahr beim Genuskaufe entdeckt hat. Einem Manne, dessen ganze (nicht bloß schriftstellerische) Tätigkeit man vielleicht am kürzesten bezeichnen könnte als einen unausgesetzten Kampf gegen alles unklar Gedachte und unklar Gesagte; einem Juristen, der nie einen theoretischen Satz niederschreibt, ohne ihn zuvor in allen seinen praktischen Folgen ausgedacht zu haben, — konnte die Verwechslung des Aussonderungs- und des Traditionsactes nicht entgehen; er konnte sich bei den erwähnten oberflächlichen und unrichtigen Redewendungen nicht beruhigen.

Thöl's „Individualisirungs-Theorie" [1]) beruht auf folgendem Gedankengang:

Damit die Gefahr auf den Käufer übergehe, muß der Vertrag in dem Sinne perfect sein, daß keine aufschiebende Bedingung schwebt, der Preis bestimmt und bekannt ist und das quid, quale, quantum des Kaufobjectes feststeht; bei der emtio speciei muß Wille und Wissen des Käufers auf das bestimmte Object gerichtet sein, bei der emtio generis muß sich der Käufer jedes contractmäßig gelieferte Object gefallen lassen, dadurch wird also sein Wille irrelevant und

---

zu §. 1048 und §. 1049 a. E.; Ellinger zu den cit. §§. — Alle Gefahr bis zur Uebergabe läßt den Käufer auch Joh. Kaufmann tragen („Von Obligationen" [nach röm. R.], S. 1820 ff.), §. XLIX.; vgl. §. V.; aber er erkannte wenigstens die Unrichtigkeit des Axioms: „Genus non perit" (s. seine „Anfangsgründe des römischen Priv. R." [1816], II, 2, §. 221 a. E.). Anerkennend muß es hervorgehoben werden, daß A. Haimberger („Reines Römisches Pr. R." [1835], IV., S. 132, §. 524) sich vorsichtig so ausdrückt, Verkäufer trage die Gefahr, „wenn eine Gattung verkauft wurde, und die einzelnen Individuen noch nicht gewählt sind." —

[1]) Dieser Name der in Thöl's H. R. (I., §. 74, §. 75) vorgetragenen Lehre rührt nicht von dem Urheber selbst her. Bekker nennt sie „Ausscheidungs-Theorie" (s. das kurze Referat, a. a. O., S. 374, 375). — Referirt und kritisirt ist sie von Ihering (a. a. O., S. 380—392); vgl. Regelsberger, Arch. f. civ. Pr., XLIX., S. 195—199.

es kommt nur noch darauf an, daß sein Wissen sich auf das Object richte, damit der Vertrag in jenes Perfectionsstadium trete, in welchem der Uebergang des periculum erfolgt. Der Käufer trägt also die Gefahr, sobald die Obligation ein spezielles Object erhalten hat, indem sich der Wille und das Wissen des Verkäufers und das Wissen des Käufers auf einen äußerlich abgesonderten, wiedererkennbaren Teil des genus (des Vorrates) richten. Darum genügt rein einseitige Ausscheidung nicht; darum ist aber andererseits weder Tradition, noch Anerkennung Seitens des Käufers erforderlich. „Es genügt und ist erforderlich, daß die ausgeschiedene Spezies [2]) so genau angezeigt ist, daß der Beweis der Identität mit Beziehung auf diese Anzeige geführt werden kann."

Diese Theorie, welche als die jetzt herrschende bezeichnet werden muß, [3]) läßt sich durch einen eigentlichen Quellenbeweis weder stützen noch widerlegen. [4])

Gegen sie ist zu erinnern:

1) Der Grund, warum Thöl Benachrichtigung des Käufers verlangt, ist folgender Gedanke: — die Gefahr kann beim Genuskauf nicht früher auf den Käufer übergehen, als bis alle Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen beim Spezieskauf die Gefahr übergeht. Dazu gehört Perfection und zu dieser Consens beider Teile in Bezug auf das Object. — Nun aber ist das übereinstimmende Wissen der Parteien nur so weit wichtig, als es die Grundlage der Willens-

---

[2]) Vorausgesetzt, daß sie empfangbar (d. h. contractmäßig und fehlerfrei) war. Diese Beschaffenheit müßte aber im Falle des Unterganges bewiesen werden. Ueber die Beweislast s. Thöl, Handelsrecht, §. 85; Fick im Arch. f. Wechsel- und Handelsrecht, VIII., S. 100; Krawel, ebd., VIII., S. 415 ff.; Koch, ebd., IX., S. 172 ff.; Voigt im neuen Arch. f. Handelsr., IV., S. 64, Goldschmidt's Ztschft., IV., S, 455. — Seuffert's Arch., II., 26, 37, VII., 295, IX., 88, XI., 235, XIV., 126, XV., 213.

[3]) S. Ihering, a. a. O., S. 381; Treitschke, Kaufcontr. (2. Aufl.), S. 304. Gesetzliche Anerkennung hat die Individualisirungstheorie gefunden im sächsischen Gesetzbuch, §. 867.

[4]) Vgl. Ihering, S. 390—392; vgl. auch Fick (a. a. O., VIII., S. 80) und Goldschmidt (Ztschft., III., S. 302): „Sehr wahrscheinlich haben die Römer ... den Kauf über ein genus als formlosen Consensualcontract nicht gekannt."

übereinstimmung ist. Da aber Thöl zugibt, daß es auf des Käufers Willen nicht mehr ankommt, da er diesen eben durch die nur generelle Angabe des Objectes in vornhinein gebunden hat, so liegt auch kein Grund vor, das Bewußtsein des Käufers rücksichtlich der Waare zu fordern: auch zur Herstellung des Identitätsbeweises ist die Benachrichtigung weder erforderlich, noch immer genügend.[5]) Aber letzteres ist auch für Thöl nicht das Entscheidende, sonst würde er nicht die Notwendigkeit des Empfanges der Nachricht Seitens des Käufers betonen. — Dies dürfte der Fehlschluß in Thöl's Deduction sein; die Schriftsteller, welche gegen das Erforderniß der „zweiseitigen Ausscheidung"[6]) polemisiren, übersehen denselben, weil sie in diesem Punkte Thöl's Deduction nicht ganz verstanden zu haben scheinen.[7]) Es ist also vom Standpunkt der theoretischen Construction kein Grund, an diesem Erforderniß festzuhalten; viele praktische Gründe aber zwingen geradezu dasselbe aufzugeben, wie dies von Anderen[8]) schon ausführlich gezeigt worden ist.

2) Ist es sehr bedenklich, dem Verkäufer das Recht einzuräumen,

---

[5]) S. Ihering, S. 382, 383.

[6]) Welcher Ausdruck übrigens unpassend ist (Ihering, S. 382, Regelsberger, S. 198).

[7]) Gewiß ist dies bei Regelsberger (a. a. O.) der Fall.

[8]) Insbesondere von Ihering (S. 382, 373); vgl. Regelsberger (S. 198). — Ein eigener Aufsatz über diesen Punkt, von Heyer („Beiträge zur Lehre vom Kaufe", Ztschft. f. Civilrecht und Prozeß, XV. Bd., N. F.), ist gegen das Erforderniß einer zweiseitigen Ausscheidung gerichtet (vgl. auch Hesse in Linde's Ztschft. f. Civ. R. u. Pr., N. F., III., S. 153—155), übrigens aber mißlungen. So z. B. übersieht Heyer die lex Cornelia, wenn er allgemein behauptet: „der Verkäufer könne und dürfe die Waare einem anderen Kunden geben;" — auf S. 36 bemerkt er zu Thöl's Satz, die Waare müsse „annehmbar, d. h. contractmäßig und ohne Fehler sein", dies sei „entweder ein Pleonasmus oder eine Unrichtigkeit"; verkennend, daß zwischen dem Vorhandensein von Fehlern (Mängel) (z. B. der Wein ist kahnig) und dem Nichtvorhandensein bedungener Eigenschaften (z. B. der Wein ist nicht von dem bestimmten Jahrgang) ein Unterschied ist. Hätte der Verfasser geahnt, welche Blöße er sich mit dem Beispiel von den abgefallenen Früchten gegeben hat (S. 25 und S. 34), so würde er wenigstens den Ton des Spottes gegen Thöl nicht angeschlagen haben!

die Lage des Käufers nach Belieben zu verschlechtern. Es soll eine Partie Kohle am 1. Dezember geliefert werden; die Bestellung geschah am 1. Oktober; je nachdem der Verkäufer gleich am 1. Oktober individualisirt und die Nachricht dem Andern schickt, oder erst am letzten November dies tut, ist die Lage des Käufers eine ganz verschiedene.[9]) Dies würde selbst dadurch nicht aufgewogen, daß man den Verkäufer nach erfolgter Benachrichtigung ganz in gleichem Maße als verpflichtet ansehen wollte, über die Waare nicht weiter zu verfügen, als bei einer emtio speciei; denn selbst dann hätte ja der Verkäufer diese Gebundenheit durch sein Belieben herbeigeführt, während sich der Käufer das Ueberwälzen der Gefahr gegen seinen Willen gefallen lassen müßte. Ueberdies aber kann man jenes nicht zugeben; denn gewiß läßt sich die Handlung des Kohlenhändlers, der 5 Centner für den A ausgeschiedener Kohle dem B verkauft, während er noch 5000 Centner in Vorrat hat, nicht vergleichen mit der Handlung dessen, der die nämliche Uhr an mehrere Personen verkauft. —

3) Auch gibt diese Theorie keine genügende Antwort auf die Frage, wie die Ausscheidung geschehen muß, um jene Wirkung zu haben. Wenn es bloß auf die körperliche Begrenztheit und Wiedererkennbarkeit ankäme, so müßte unter Umständen (z. B. bei Büchern) schon die mündlich vor Zeugen geschehene Auswahl genügen; in andern Fällen könnte Streit entstehen, ob Verpackung oder Signirung erforderlich ist.[10]) — Bekker (a. a. O., S. 380) hebt hervor, daß Thöl zu großes Gewicht auf die Ausscheidung lege, da die „Individualisirung" (damit meint er die Verwandlung in einen Spezieskauf) auf verschiedene Art erfolgen kann (s. unten).

---

[9]) Vgl. Ihering, S. 385—387.

[10]) Vgl. Ihering, S. 387, 388; Regelsberger, S. 196, 197; Treitschke, S. 302. Vom Standpunkt Thöls ist Uebergabe an den Frachtführer jedenfalls nicht erforderlich. Die Anhänger der Individualisirungstheorie haben allerlei Unklarheiten in sie hineingebracht, für welche der Urheber jener Theorie nicht verantwortlich ist. (S. z. B. den völlig verfehlten Aufsatz von E. Stern im Arch. f. Wechsel- u. Handelsr., VII. Bd. Stern und Fick (in den cit. Aufsätzen) halten die Absendung der Factura für den entscheidenden Zeitpunkt.)

§. 44.

(Fortsetzung.)

Ihering's „Lieferungstheorie".[1]) Beim Genuskauf geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald „die Lieferung" geschehen ist; d. h. sobald der Verkäufer alles getan hat, was zu tun ihm nach beiderseitiger Absicht oblag.

Die Lieferung geschehe regelmäßig, nicht aber notwendig durch Tradition.[2]) Je nach der Verschiedenheit des Ortes, wo erfüllt werden soll, ist die Lieferung mit dem Abholen, Bringen oder Absenden geschehen. — Im Falle des Abholens wird die Sache beim Verkäufer, im Falle des Bringens beim Käufer übergeben, im dritten Falle erfolgt keine unmittelbare Uebergabe. Das Abholen beruht auf gesetzlicher Vorschrift,[3]) Bringen,[4]) und Senden[5]) auf einer Vereinbarung der Parteien.[6]) — Durch eine frühere Ausscheidung der Waare Seitens des Verkäufers, wird die Gefahr nicht auf den Käufer abgewälzt. In den ersten zwei Fällen entscheidet der Act der eigentlichen Uebergabe,[7]) im dritten der Augenblick der vollendeten

---

[1]) „Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufvertrage" (II.): in den Jahrb. f. Dogm., IV. Bd., S. 366 ff., insbes. S. 399 ff. — Darüber Bekker (a. a. O., S. 375 ff.), Regelsberger (a. a. O., S. 199 ff.) und Windscheid (Pand., II., §. 390, N. 8, 9 und §. 389, N. 16). — Goose in dem oft citirten Aufsatze schließt sich Ihering vollständig an, und bringt (S. 211—215) einige gute Bemerkungen über den Unterschied zwischen dem alternativen und dem generischen Kaufe bei.

[2]) Ihering, S. 418—420; dagegen mit Recht Bekker, S. 377 ff. Aber gegen des Letzteren Satz über das mögliche Auseinanderfallen von Hingabe und Annahme s. Goldschmidt, Handb., S. 630 γ) und N. 38.

[3]) So ist es regelmäßig auch nach dem H. G. B. (A. 342, Abs. 2).

[4]) Vgl. H. G. B., A. 345, Abs. 2 (arg.: „gemäß dem Vertrage").

[5]) Vgl. H. G. B., A. 344.

[6]) Uebereinstimmend Windscheid, II., §. 389, N. 16. — Die Ausführungen von C. F. Reatz („die Lehre vom Erfüllungsorte") scheinen mir an unlösbaren Widersprüchen zu leiden (vgl. S. 73, 71, S. 98 und S. 101).

[7]) Ihering, S. 421—426. Beistimmend Bekker, S. 384.

Absendung.[8]) Dieser tritt ein, sobald der Verkäufer die Sachen der Person oder Anstalt überliefert hat, welche den Transport besorgen soll.[9]) Geht während der mora accipiendi a) das genus unter, so trägt der Käufer die Gefahr; an dem Schaden durch teilweisen Untergang nimmt er verhältnißmäßigen Anteil; b) geht die dem Käufer offerirte annehmbare Spezies unter, so trägt natürlich der Käufer die Gefahr.

Ihering selbst formulirt seine Theorie schließlich so:[10]) „Beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände .... geht die Gefahr auf den Käufer erst über mit der wirklich beschafften Lieferung oder durch seine mora verhinderten Lieferung; die Lieferung aber geschieht bei ihm[11]) selbst (Holen), insofern nicht das Bringen oder Schicken ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist; die Ausscheidung ist dazu weder schlechthin erforderlich noch ausreichend."

Meines Erachtens entspricht die Ihering'sche Theorie mehr unserem modernen Rechtsbewußtsein, als die früher besprochene, wofür auch mehrere Bestimmungen des D. H. G. B. zeugen. Sie scheint mir aber eben mehr der Ausdruck unseres Rechtsbewußtseins, einer Würdigung moderner Verkehrsbedürfnisse, als eine Consequenz römischer Sätze zu sein. Ein Quellenbeweis läßt sich jedenfalls für sie nicht erbringen.[12]) De lege ferenda ist der anregend geschriebene Aufsatz sehr lehrreich.[13])

---

[8]) Nicht der begonnenen Absendung (S. 428—432). Derselben Ansicht ist Windscheid, Pand., II., §. 389, N. 16 und §. 390, N. 8; Bekkers nicht ganz befriedigenden Bemerkungen (S. 381—388) hierüber liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß der Käufer die Gefahr nicht früher tragen soll, als bis der Verkäufer nicht weiter über die Sache disponiren kann.

[9]) Dieselbe Bestimmung hat das H. G. B. im A. 345, Abs. 1.

[10]) S. 438.

[11]) Soll offenbar heißen: „beim Verkäufer".

[12]) Vgl. Regelsberger, a. a. O., S. 201, 202.

[13]) Zwei einzelne Behauptungen hat Bekker widerlegt (a. a. O., S. 377 ff. und S. 382 ff.).

§. 45.

(Fortsetzung.)

Bekker's Theorie. In der Mitte zwischen den beiden eben dargestellten Theorien steht die von **Bekker**,[1]) die er selbst eine „Individualisirungstheorie" nennt.[2])

Jede Obligation nur relativ bestimmter Sachen muß spätestens bei der Erfüllung zur Obligation auf Speziesleistung werden. Die Spezialisirung erfolgt entweder **vor** der Leistung — sei es, daß die Parteien gleich beim Abschluß des Kaufgeschäftes etwas über die Spezialisirung verabredet haben, sei es, daß sie dies nachträglich täten; — oder sie erfolgt erst **mit** der Leistung. In letzterem Falle ist die Tradition das spezialisirende Moment; beim **Holen** und **Bringen** fallen Hingabe und Annahme zusammen, beim **Senden** fallen sie auseinander,[3]) da spezialisirt tatsächlich erst die Annahme; da aber dies zu einem unbefriedigenden Resultate führt, so muß man es als dem vermutlichen Willen der Parteien angemessener halten, daß mit der **vollendeten Absendung** die Gefahr auf den Käufer übergeht, der Verkäufer aber auch von da an kein Dispositionsrecht mehr über die Sache hat.[4]) Nach erfolgter Spezialisirung gelten dieselben Regeln über periculum, wie bei dem ursprünglichen Spezieskauf. — **Mit** Thöl gegen Ihering behauptet also **Bekker**: „Bei dem Genuskauf **kann** die Gefahr auch vor der Leistung (Lieferung) auf den Kläger übergehen" (S. 381); **gegen** Thöl behauptet er: daß auch die sogenannte zweiseitige Ausscheidung nicht genüge, um die Gefahr auf den Käufer zu überwälzen; denn der Bericht des Verkäufers ist nicht bindend, und selbst, wenn er eine bindende Erklärung enthielte, so könnte die

---

[1]) „Zur Lehre vom Genuskauf" (im Jahrb. d. gem. d. R., V., S. 350—406; hierher gehören S. 374—401).

[2]) Während er die **Thöl**'sche als „**Ausscheidungstheorie**" bezeichnet (S. 380).

[3]) Daß dies ungenau ist, wurde schon bemerkt (s. **hier** §. 44, N. 2).

[4]) Vgl. **Bekker**, S. 384, 385; und dazu **Goldschmidt**, Handbuch, §. 66.

Befugniß, eine solche abzugeben, dem Verkäufer nur nach ausdrücklichen Bedingnissen des Vertrages zustehen, da dem einen Contrahenten die Macht nicht zukommt, die Lage des Andern zu verschlechtern. Nur wenn auf den Bericht eine billigende Erklärung Seitens des Käufers erfolgt, so ist dies die Annahme einer Offerte, dann geht die Gefahr auf den Käufer über. Die Billigung kann auch stillschweigend erfolgen. [5])

§. 46.

(Fortsetzung.)

Regelsberger's Theorie. [1]) Der Uebergang der Gefahr beim Genuskauf (der zu den Wahlobligationen gehört) erfolgt, sobald eine species Gegenstand der Obligation wird; so daß der Käufer nur diese fordern darf, der Verkäufer gerade diese leisten muß; also mit der Consumption des Wahlrechtes. [2])

a) Steht dieses dem Käufer zu, dann geht die Gefahr auf ihn über, sobald er dem Verkäufer gegenüber zu erkennen gegeben hat, welche Spezies er geliefert haben will; b) steht es dem Verkäufer zu [was regelmäßig der Fall ist [3])], so ist es consumirt: α) sobald die Waare in Gegenwart des Käufers ausgeschieden wurde, falls letztere ausdrücklich oder stillschweigend (beim Zumessen u. s. w.) ausbedungen ist; [4]) im Falle des Bringens und Holens entscheidet die Uebergabe an den Käufer (oder Stellvertreter); β) im Falle des Sendens ist das Wahlrecht des Verkäufers consumirt, sobald er seinen Entschluß äußerlich hervortreten ließ, [5]) nämlich: αα) durch Ab-

---

[5]) Mit dem letzteren Satze ist meines Erachtens wieder jede feste Grenze aufgegeben.

[1]) „Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf"; im Arch. f. civ. Pr., XLIX. Bd., S. 183—217.

[2]) S. 208, 209. — Dieser Gedanke findet sich merkwürdiger Weise schon bei A. Haimberger angedeutet (s. hier §. 42, N. 2 a. E.).

[3]) l. 32. §. 3. de cond. indeb. XII, 6; l. 52. pr. D. mand. XVII, 1. Vgl. D. H. G. B., A. 346, Abs. 1.

[4]) Ausbleiben im Termine ist als Verzicht aufzufassen. S. 207.

[5]) Darum sind „Vorgänge, welche gewissermassen das Innere des Hauses

sendung einer Nachricht von der geschehenen Ausscheidung an den Käufer; oder: ββ) in deren Ermanglung durch Uebergabe der Waare an die zur Ueberlieferung an den Käufer bestimmte Mittelsperson. [6]) —

§. 47.

(Fortsetzung.)

Resultate. Diese vier Untersuchungen, deren jede ein neues Stück Wahrheit zu Tage gefördert hat, lassen nunmehr die Frage spruchreif erscheinen, und es erübrigt eigentlich nur noch, die von den genannten Gelehrten gefundenen Resultate so zusammenzustellen, daß sie, einander begränzend und ergänzend, ein harmonisches Ganze geben. Dies soll hier in folgenden Sätzen versucht werden.

1) Beim Genuskauf trägt der Käufer nicht sofort nach Abschluß des Contractes die Gefahr.

2) Dieser Unterschied vom Spezieskauf beruht nicht etwa darauf, daß der Genuskauf als ein bedingter Kauf aufzufassen wäre. [1]) (Vgl. hier §. 41 a. E.) Beim suspensiv-bedingten Kaufe trägt der Käufer die Gefahr der Verschlechterung, beim Genuskaufe nicht. [2])

3) Der Unterschied beruht auch nicht darauf, daß genus perire non censetur, welcher Satz überhaupt falsch ist. Selbst wenn der ganze Vorrat oder Kreis, dem die Waare entnommen werden soll, untergeht, trägt der Käufer keine Gefahr.

4) Gleichwol aber muß auch beim Genuskauf die Gefahr auf den Käufer übergehen, sobald alle jene Voraussetzungen eingetreten sind, unter welchen beim Spezieskauf der Uebergang der Gefahr

---

nicht überschreiten und noch nicht der Außenwelt angehören", — z. B. körperliche Ausscheidung, Verpackung, Signirung, Ausfertigung der Factura — nicht entscheidend (209).

[6]) Jeder der beiden Acte genügt, um jenen Erfolg herbeizuführen; erfolgen beide, so ist der frühere maßgebend.

[1]) Diese Ansicht vertreten, wie erwähnt Mommsen und Fick. Sie findet sich auch bei älteren Juristen, s. z. B. Nic. Zalaszowski, Jus regni Poloniae (Posnaniae 1699, Varsaviae 1742), II., p. 313: „quia tunc videtur contractus initus sub tacita conditione, si res tradatur" ...

[2]) L. 2. Cod. IV, 48.

erfolgt.[3]) Dazu gehört: Perfection des Contractes (= Gebundenheit der Parteien); spezielle Bestimmtheit des Objectes; damit aber in Wahrheit eine species in obligatione sei,[4]) muß nicht nur das Object physisch gesondert (individualisirt) sein,[5]) sondern der Käufer muß ein Recht haben, gerade dieses, aber auch nur dieses Object zu fordern.[6]) Das römische Recht läßt den Käufer nie das periculum tragen, ohne gleichzeitig dem Verkäufer die weitere Disposition zu verbieten.[7]) Der Gefahr auf der einen Seite muß die Verpflichtung auf der andern Seite entsprechen, sich jeder eigenmächtigen Verfügung über die Sache zu enthalten.[8])

5) Aus diesen Prinzipien ergibt sich folgende Normirung des periculum beim Genuskaufe:

Vor der eben besprochenen „Concentration" (s. Note 4) trägt der Käufer gar keine,[9]) nach ihr alle Gefahr. Jene erfolgt: a) spätestens durch die Tradition, wenn nicht früher, etwa: b) in Gemäßheit einer ursprünglichen oder nachträglichen Vereinbarung der Parteien über die Individualisirung; c) wenn dem Käufer das Wahlrecht zustand, durch Ausübung desselben; d) wenn, wie regelmäßig, der Verkäufer jede contractmäßige Waare liefern durfte nach eigener Auswahl, durch Consumption seines Wahlrechtes.[10]) —

---

[3]) Grundgedanke der Thöl'schen Theorie.

[4]) Was Bekker (S. 380) „Verwandlung des Genuskaufs in einen Spezieskauf" und Windscheid (II., §. 390), „Concentration auf bestimmte Sachindividuen" nennt. —

[5]) Unglaublichen Vorstellungen über Individualisirung begegnet man in A. Suter's Gutachten in Sachen „Melly Forget &. Co. gegen Cham" (Zürich 1866).

[6]) Vgl. Lud. Molina, De Contract. (oder de just et jure II.) 486, 3: „Ratio autem est, quoniam emtor ex illo contractu (Genuskauf) ad nullam rem in singulari comparavit jus, sed solum jus comparavit, ut traderetur sibi res talis speciei et qualitatis."

[7]) Er kann wol noch disponiren, darf es aber nicht (lex Cornelia!).

[8]) Dieser Gedanke liegt der Abhandlung Bekker's und noch bestimmter der Regelsberger's zu Grunde (S. 203—205).

[9]) S. l. 35. §. 7. D. XVIII, 1.

[10]) Wann diese erfolgt ist, darüber vgl. Regelsberger, S. 207 ff.; Demelius, Ztschft. f. Civilr. u. Przß., N. F., XVII. Bd.; Ihering, Jahrb.

Im Falle der mora accipiendi trägt der Käufer die Gefahr selbst dann, wenn die Spezialisirung nicht erfolgt ist, aber das ganze genus (der Vorrat) untergeht,[11]) da der Verkäufer durch des Käufers mora nicht Schaden leiden soll. An dem teilweisen Untergange nimmt er verhältnißmäßigen Anteil.[12])

§. 48.

(Fortsetzung.)

b) Genuskauf nach preußischem Recht. Die Gefahr geht auf den Käufer über, sobald contractmäßige Waare trabirt ist. Casueller Untergang des ganzen genus hat die Aufhebung des Vertrages gemäß §. 364 ff. (I, 5) zur Folge (s. §. 100, I, 11, vgl. §. 983). „Wird quantitativ unvollständig geliefert, so kann der Käufer entweder Alles abweisen oder das Dargebotene annehmen und das Fehlende nachfordern" (Förster, II., S. 109).[1]) —

Sowol im Verkehr als in der Theorie verbindet man verschiedene Vorstellungen mit dem Worte „Lieferungskauf";[2]) ersteres ist natürlich, letzteres bedauerlich und für die Wissenschaft nachteilig. Bei genauerer Untersuchung erweist sich eine solche Kategorie überhaupt als ganz entbehrlich. Umgekehrt hat das preußische Landrecht geradezu einen vom Kaufvertrage verschiedenen „Lieferungsvertrag" aufgestellt (§§. 981—987, I, 11). Jedes derartige Geschäft ist aber doch ein Kaufvertrag[3]) und der A. 338 des D. H. G. B. sagt nur

---

s. Dogm., I., S. 31 ff. Aber auch Windscheid, II., S. 255, insbes. N. 9; Bangerow, III., §. 569. —

[11]) l. 5. D. XVIII, 6; l. 2. Cod. IV, 48 („qui moram mensurae faciendae non interposuit").

[12]) S. Jhering, S. 434.

[1]) Die Nichtunterscheidung von Genuskauf und emtio ad mensuram hat auch auf die §§. 207—214, so wie auf die Darstellung bei Förster (II., S. 107 ff.) nachteilig eingewirkt.

[2]) Vgl. Thöl, H. R., §. 70; Bender, §. 85; Fdch. Noback, Handelswissenschaft, S. 185; Wengler zu Treitschke's Kaufcontr., §. 9.

[3]) Die Hanseatischen Kaufleute, welche Lieferungen von Rohproducten aus den Hinterländern gegen Baarzahlung bestellten, faßten dies Geschäft (Genuskauf

dies Selbstverständliche; und er hat nur als Verneinung der verschrobenen Auffassung des Landrechtes eine Bedeutung.

Das preußische Landrecht denkt beim Lieferungsvertrag an Fälle, die man so charakterisiren kann: 1) Es sind Genuskäufe und zwar 2) solche, bei denen die Erfüllung erst in einer späteren Zeit erfolgen soll;[4]) wo 3) der Verkäufer zu bringen (zu schicken), nicht der Käufer abzuholen hat;[5]) und wo 4) Ersterer die Waaren zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht in seinem Vermögen hat, sondern sich erst verschaffen muß. — Verunglückt, wie, die Aufstellung eines eigenen „Lieferungsvertrages", sind auch alle betreffenden §§: §. 981 enthält eine verfehlte Definition von „Lieferant", und seine Vieldeutigkeit hat der Theorie und Praxis unnütze Schwierigkeiten bereitet; §. 982 sagt Selbstverständliches; §. 983 verweist auf allgemeine Grundsätze bezüglich casueller Unmöglichkeit u. s. w.; §. 984 bringt eine willkührliche Bestimmung, welche zeigt, daß man sich darüber nicht klar war, ob es sich hier um einen Kauf, um ein Mandat oder um was sonst handle; §. 985 und §. 986 waren nottwendig, wenn man den §. 984 wollte; und §. 987 schließt als neues Zeugniß für die angedeutete theoretische Unklarheit die Reihe würdig ab. — Der Lieferant trägt die Gefahr bis zur beschafften Lieferung (Tradition) vertragsmäßiger Waare (§. 982). Ueber die Wirkung zufälliger objectiver Unmöglichkeit der Lieferung s. §. 364 (I, 5) (vgl. §. 983 cit.). Wenn der Besteller unter der Voraussetzung des §. 984 „den Vertrag widerruft", nachdem der Lieferant die Waare „ganz oder zum Teil bereits angeschafft" hatte, so muß er (nach §. 986) entweder die

---

mit Pränumeration) gewöhnlich als ein in Geld hingegebenes, in Waaren rückzahlbares Darlehen auf. (Vgl. Max Neumann, Geschichte des Wechsels im Hansagebiete bis zum 17. Jahrh. [Erlangen 1863], S. 48, 49.) — Dem preuß. Recht liegt der Gedanke zu Grunde, daß sich der „Lieferant" „zu einer Handlung" verpflichtet habe (Ankauf und Lieferung), als ob die obl°. ex vend°. nicht auch auf eine Handlung ginge (auf tradere rem)! —

[4]) So daß Vertragsschluß und Erfüllung auseinander fallen; Genaueres s. bei Thöl, H. R., I., S. 427.

[5]) Vgl. übrigens Förster (II., S. 113 ff.) und die dort angeführte weitläufige Literatur, deren Existenz allein schon zur Verurteilung dieses Teils des preuß. L. R. hinreicht.

Waare für den bedungenen Preis abnehmen oder sich gefallen lassen, daß sie auf seine Gefahr und Kosten verkauft werde und zwar nach Wahl des Lieferanten, der nicht alternativ zu klagen braucht. Wie kann man dann noch sagen: „der Besteller kann den Vertrag widerrufen"?! (§. 984). Wenigstens sollte man da doch meinen, daß das Wort „Gefahr" in §. 986 auf das periculum negotii (nicht das per. rei) gehe, so daß „auf seine Gefahr und Kosten" so viel heißt, als „auf seine Rechnung"; würde der Widerruf immer sofort die Sache auf die Gefahr des Käufers stellen, so würde dieser durch den Widerruf seine Lage verschlimmern, während §. 984 in seinem Interesse gegeben erscheint. Dann freilich trägt der Besteller die Gefahr, wenn er nachweist, daß er die schon angeschaffte annehmbare Waare sonst (d. h. wenn der Widerruf nicht erfolgt wäre) vor dem casus hätte abliefern dürfen und können, wogegen freilich dem Besteller der (schwierige) Gegenbeweis offen steht, daß er gleichwol nicht zu der Zeit geliefert haben würde. —

c) Französisches Recht. Ob der a. 1585 hierher gehöre, getraue ich mir nicht zu entscheiden; ja es ist zu bezweifeln, ob die Verfasser des Code civil sich über das Anwendungsgebiet dieses Artikels klare Rechenschaft gegeben haben. Das befriedigendste Resultat würden wir erhalten, wenn wir den a. 1585 nur auf die emtio ad mensuram beschränken und auf den Genuskauf die gemeinrechtliche Theorie anwenden würden. Dagegen spricht aber die Erwägung, daß zur Zeit der Entstehung des a. 1585 der Sprachgebrauch noch ein ganz anderer war; daß man damals den wesentlichen Unterschied und die begriffliche Abgrenzung der zwei erwähnten Geschäftsarten noch nicht kannte. Ja manche französische Schriftsteller verstehen unter „vente à la mesure" geradezu nur solche Genuskäufe, wo eine Ausscheidung aus einem Vorrat durch Zählung, Messung oder Wägung stattfinden soll, während sie die emtio ad mensuram charakterisiren als eine „vente en bloc moyennant un prix fixé à raison de tant la mesure".[6])

[6]) Vgl. Gonjet et Merger, Dictionn. (2. Ausg.), Tom. IV., p. 981, No. 97; p. 982, 983, No. 106—108.

d) Oesterreichisches Recht. Weder für die Redactoren unseres Gesetzbuchs, noch für unsere Schriftsteller existirte die Frage nach dem periculum beim Genuskauf;[7]) wir dürfen daher bei ihnen auch keine Antwort suchen. Sobald die hier im §. 47 angegebenen Voraussetzungen vorhanden sind, steht der Genuskauf dem Spezieskauf gleich, und es werden auf ihn die §§. 1048 ff. angewendet.

e) Ueberblickt man die weitläufige Theorie des gemeinen Rechts über die Gefahr beim Genuskauf, und bedenkt man, wie einfach und für alle Fälle ausreichend die Normirung wäre, wenn man den deutschrechtlichen Grundsatz adoptiren würde, so wird man ihm, wenigstens von Seiten der „Practicabilität" die Anerkennung kaum versagen können! —

VIII.

Emtio ad mensuram. [1])

§. 49.

a) Gemeines Recht. Emtio ad mensuram heißt derjenige Spezieskauf, bei welchem der Preis nicht mit einer Summe, sondern mit einer Verhältnißzahl so angegeben ist, daß er erst durch Ermittelung der Quantität des Kaufobjectes und dann durch eine Multiplication berechnet werden muß. Z. B. Jemand kauft einen Haufen Waizen, den Metzen zu sechs Gulden.[2]) — In gewissem Sinne ist

---

[7]) Vgl. Zeiller, III., 1. Abt., S. 342, Z. 2; Rippel, VII., 1. Abt., S. 145, 155; Stubenrauch, III., S. 241; Ellinger, S. 478; Winiwarter, IV., S. 252.

[1]) Vgl. überhaupt Thöl, H. R., I., §. 75; Regelsberger, a. a. O., S. 183, 184. Die Abhandlung von Genfler: „De emt. vend., quae fit ad mensuram . . ." ist veraltet (1814) und unbedeutend.

[2]) Diese richtige und wichtige Abgrenzung der emtio ad mensuram hat sonst nur Regelsberger (a. a. O.) mit Nachdruck hervorgehoben. Die richtige Vorstellung hat auch Goose (a. a. O., S. 211); und daß dem scharfscheidenden Thöl ein solcher Unterschied nicht entgehen konnte (§§. 74, 75), versteht sich von selbst; doch vermied er die verschiedenen Geschäfte mit verschiedenen Namen zu belegen. (Vgl. auch Ihering, Jahrb., IV., S. 373, N. 2.) — Nun kommt allerdings der Ausdruck emtio ad mensuram in den Quellen nirgends als ein tech-

dies ein Gegenstück zum Aversionalkauf, wo ein einheitlicher Preis für mehrere Sachen bedungen wird, die eben hiedurch zu einem Kaufobject (einer species) zusammengefaßt werden; während bei dem in Frage stehenden Geschäft, der Preis einer species durch Vervielfältigung einer Verhältnißzahl berechnet wird. In eigentlicherem Sinne kann man aber die emtio ad mensuram das Gegenbild des Genuskaufs nennen: dort bestimmte Waare (species) und bestimmbarer (erst auszumittelnder) Preis; hier bestimmter Preis, und bestimmbare (erst auszuwählende) Waare. Das Eigentümliche des Genuskaufes liegt auf der Seite des nur generisch bestimmten Kaufobjectes; das Eigentümliche der emtio ad mensuram liegt auf der Seite der nur proportionalen Preisbestimmung. — Allerdings wird auch bei Genuskäufen oft der Preis nach Quantitäts-Einheiten angegeben, aber hier hat eine solche Preisbestimmung gar keine besondere Bedeutung; es ist völlig gleichgültig, ob Jemand verspricht hundert Metzen Waizen „zu sechs Gulden" zu liefern, oder „für sechshundert Gulden"; in beiden Fällen weiß er von vornherein, wie viel er zu fordern hat, wenn er seinerseits den Vertrag erfüllt; bei dem oben angeführten Beispiel einer emtio ad mensuram dagegen ist der Preis der verkauften species vorerst nicht nur unbestimmt, sondern unbekannt.[3]) Daß man auch jene Fälle (wo doch die Quantität nicht sowol zur Bestimmung

---

nischer vor: l. 1. §. 1. D. 18, 6 (Ulp.) scheint von einem Genuskauf zu sprechen; l. 35. §. 5. D. 18, 1 (Gaius) spricht von einer emtio ad mensuram; l. 34. §. 5. D. 18, 1 (Paul.) scheint für unseren Sprachgebrauch zu sprechen und folgende Antithese zu enthalte: wer sich die degustatio vorbehält, will die Qualität der Waare, — wer ad mensuram kauft, will die Quantität der Waare kennen lernen. Die beiden Untersuchungen (Ermittelungen) haben aber eine sehr verschiedene rechtliche Bedeutung („alia est causa . . ."): die erstere kann Einen vom Vertrage abzugehen bestimmen, nicht so die letztere. — In keiner der angeführten Stellen kommt der Ausdruck emtio ad mensuram vor. Gleichwol sind wir, da das Bedürfniß nach einem Kunstausdruck hier vorhanden ist, berechtigt, den Sprachgebrauch zu fixiren, zumal sein Schwanken auf diesem Punkte schon so viel Verwirrung verschuldet hat. Als Beleg hiefür ließe sich der größte Teil der Literatur über diesen Punkt anführen; doch ein Beispiel mag statt aller genügen: Haimberger, Reines röm. Pr. R., IV. Teil, S. 132, B) und D).

[3]) Dies gegen Bekker (a. a. O., S. 391).

des Preises, als vielmehr zur Bestimmung des Objectes gehört!) mit dem Namen emtio ad mensuram belegte, hat viel Verwirrung angerichtet; denn niemals können ohne Schaden für die Wissenschaft verschiedenartige Dinge gemeinschaftlich mit gleichen Namen bezeichnet werden.[4])

Bei der emtio ad mensuram trägt der Käufer vor der Messung u. s. w. weder die Gefahr des Unterganges, noch der Verminderung, wol aber die der Verschlechterung.[5]) Die Quantitätsermittelung hat der Uebergabe unmittelbar voranzugehen (admetiri etc.), ist der Käufer mit der Entgegennahme säumig, dann mag der Verkäufer die Messung u. s. w. vor Zeugen vornehmen lassen. —

Nach der herrschenden Ansicht gilt ein solcher Kauf als ein durch die Quantitätsermittelung suspensiv-bedingter.[6]) Dabei ist die Vorstellung, daß der Preis sich nach der Quantität im Momente des

---

[4]) Gegenwärtig begreifen die meisten unserer Schriftsteller (anders die Franzosen) unter emtio ad mensuram zweierlei Fälle: 1) die hier darunter verstandenen, und 2) diejenigen, die Goldschmidt „gemischt-generelle" nennt, wo aus einem concreten Vorrat eine kleinere Quantität durch Messung u. s. w. ausgeschieden werden soll. Ja Fick denkt bei „emtio ad mensuram" insbesondere an die letzten Fälle. (Vgl. Arch. f. deutsch. W. R., IX., S. 379, S. 372). — Eine ganz andere Bedeutung verbanden mit diesem Ausdruck scholastisch-distinguirende Theologen früherer Jahrhunderte. „Ad mensuram" sei dann verkauft, wenn die Quantitätsangabe als „restrictio ipsius alienationis", d. h. Begrenzung des Objectes gemeint ist; „ad corpus" sei dagegen verkauft, wenn jene Angabe bloß als „demonstratio" dienen solle, als „nota et signum, quo ab aliis distinguatur"; oder, wenn sie eine Zusicherung des Verkäufers über die Quantität der gekauften Waare enthalte. Die äußerlichsten Schulregeln sollten dann darüber entscheiden, ob das Eine oder das Andere gemeint sei! z. B. wurde auf die Wortstellung großes Gewicht gelegt, wogegen freilich schon Molina warnte. (Vgl. Gibalinus in dem hier (§. 15, N. 6) cit. Werke, I., p. 181, p. 184, und Lud. Molina in dem ebd. cit. Werke, Tract. II, disp. 367, col. 493).

[5]) Vgl. Thöl, a. a. O.

[6]) So Thöl, a. a. O., Mommsen, Beiträge, I., S. 339, Windscheid, §. 390; Fick, a. a. O., VIII., S. 390, 391. (Vgl. Marquard, de iure mercatorum (1662): „. . . omne futurum, quod desideratur ad essentiam actus, habet vim conditionis" (p. 281, 36). — Dagegen: Goldschmidt, Ztschft., I., S. 79, 80; III., S. 303, 304; Bekker, a. a. O., S. 368 ff.

Vertragsabschlusses bestimme, und daß jene Bestimmungen sich aus der Unmöglichkeit, die etwaige größere ursprüngliche Quantität zu ermitteln, erklären.[7]) — Mir aber scheint die folgende Auffassung das Wesen unseres Geschäftes richtiger auszudrücken: Indem der Käufer den Preis in der angegebenen Weise vereinbart, erklärt er nur im Verhältniß zu dem wirklich empfangenen Quantum zahlen zu wollen. („So viel ich bekomme, so viel bezahle ich.")[8]) Hieraus erklärt sich in der einfachsten Art: warum der Käufer nicht die Gefahr des totalen Unterganges und auch nicht die der Verminderung trägt; ebenso erklärt es sich aus der eigentümlichen Art der Preisbestimmung ganz von selbst, warum der Käufer sofort die Gefahr der qualitativen Verringerung trage. Der Preis ist eben nur mit Rücksicht auf die Quantität, und ohne Rücksicht auf die Qualität angegeben. Wie auch letztere sich ändern mag, die Verhältnißzahl (z. B. sechs Gulden den Metzen) ist eine unveränderliche.

§. 50.

(Fortsetzung.)

In den drei großen Codificationen fehlt es an einer befriedigenden Normirung, da man eben bis in die neueste Zeit Genuskauf und emtio ad mensuram nicht auseinander zu halten wußte.[1]) Ueber das preußische Recht s. Förster, II., S. 107 ff. und hier §. 48,

---

[7]) S. Thöl (a. a. O.), dem Etzdorf nachschreibt (in der vorne cit. Diss.-Schrift, p. 20, 21). Aus dieser Vorstellung erklären sich auch die Aeußerungen von Windscheid (§. 390, N. 12) und Bekker (a. a. O., S. 391), welcher letztere doch die herrschende Construction selbst bekämpft. — Die meines Erachtens richtige Auffassung findet sich nur bei Jhering, Jahrb., IV., S. 397. —

[8]) Beträgt also in obigem Beispiel zur Zeit der Zumessung der Haufen 10 Metzen, so zahlt der Käufer 60 Gulden; wenn nur noch 5 Metzen, zahlt er 30 Gulden; wenn nur einen halben Metzen, 3 Gulden; wenn 0 Metzen, 0 Gulden.

[1]) Es ist lobend hervorzuheben, daß im sächsischen Gesetzbuch die emtio ad mensuram neben dem Gattungskauf eine selbständige Normirung gefunden hat (vgl. §§. 1084, 1085, 1091).

N. 1. Ueber das franzöſiſche Recht ſ. hier §. 48, c) und N. 6. Die Unklarheit der aa. 1585, 1586 des Code civil teilen die ihnen nachgebildeten aa. 1497, 1498 des niederländiſchen burgerlijk wetboek. Vgl. auch §. 1437 des Zürcher G. B., wo der arge Mißgriff begangen iſt, die objective Beſchaffenheit der Waaren („vertretbare Sachen") der Einteilung der Kaufgeſchäfte zu Grunde zu legen.[2]) Oeſterreichiſches Recht. Da die emtio ad mensuram ein Spezieskauf iſt, kommen die für dieſen geltenden Regeln zur Anwendung, mit der Beſchränkung, daß die Gefahr der quantitativen Verringerung und des Unterganges jedenfalls nicht vor der rechtmäßig geſchehenen Quantitätsermittelung auf den Käufer übergeht.

IX.

Mehrfacher Verkauf derſelben Sache durch denſelben Verkäufer.

§. 51.

Gemeines Recht.[1])

I. Der ſpätere Verkauf war ein doloſer:

a) die Sache iſt dem erſten Käufer traditt worden:

α) und zwar vor Abſchluß des zweiten Geſchäftes; dann iſt

---

[2]) Die Bemerkungen Ihering's (Jahrb., VI., S. 400, 401) haben ſelbſt manche Theoretiker noch immer nicht beherzigt: ſ. z. B. Endemann, Das deutſche Handelsr., §. 106, II. A.! — Die Einteilungen und Unterſcheidungen, die E. Hoffmann (Arch. f. prakt. R. W., N. F., III. B. (1866), S. 141 ff. bis 160, insbeſ. S. 150) macht, fördern nicht die Ueberſichtlichkeit der Darſtellung, können vielmehr nur verwirren. Es kann hier um ſo mehr die bloße Verweiſung auf jenen Aufſatz (a. a. O., No. VII.) genügen, als jene Ausführungen meine Anſichten in keinem Punkte zu ändern vermochten. —

[1]) R. v. Stoffregen hat der erſte die Fragen, die oben erörtert werden, ausführlich beſprochen, und zwar in den von Oſenbrüggen herausgegebenen „Dorpater juriſt. Studien" (1849). (S. 84—184; hierher gehören nur S. 84—122). Doch kommt er zu keinem Reſultat. Ueber die dort erzählten ſechs Gutachten hat ſchon Ihering das rechte Wort geſprochen; er ſelbſt hat unſerer Frage einen Aufſatz gewidmet (Jahrb., III., S. 449 ff.), dem ich die Anregung zu

letzteres eine venditio rei alienae und der Zweite klagt „in id, quanti eius intersit, rem eius esse factam“;[2]) —

β) nach Abschluß des zweiten Vertrages, welcher durch die Tradition gebrochen erscheint (venditor „contractus fidem fregit“ l. 6. Cod. IV, 39). Dann trägt der erste Käufer die Gefahr; der zweite klagt sein Interesse an der Contractserfüllung ein. Wenn letzterer Anspruch durch casuellen Untergang der Sache zerstört wird (weil das Interesse dann gleich Null ist), so wird eben dadurch ein Anspruch auf Rückerstattung des etwa schon gezahlten Preises begründet. Der Satz: daß der Verkäufer den Preis behalten darf, auch wenn ihm die Erfüllung des Vertrages casuell unmöglich geworden ist, — ist nur ein anderer Ausdruck dafür, daß der Käufer das periculum trägt; wo also ausnahmsweise ein Käufer (wie hier der zweite) das periculum nicht trägt, gilt auch jener Satz nicht.[3]) Diese Rückerstattung kann begehrt werden sowol mit der actio emti[4]) (l. 11. §§. 3. 5. 6. D. XIX, 1), als mit einer condictio sine causa (l. 11. §. 6. D. cit.);[5]) wenn aber noch hinterher aus Unkenntniß des Unterganges der Sache gezahlt wurde, mit einer condictio indebiti.

b) Dem zweiten Käufer wurde tradirt. Anfangs trug der erste Käufer die Gefahr, durch die zweite Veräußerung geht sie auf den Verkäufer, und sofern sie rechtsbeständig ist, sogleich weiter auf den zweiten Käufer über. Daß dies richtig ist, läßt sich auf zweierlei Art erweisen: der eine Beweis (für alle wie immer gearteten Fälle

---

diesen Untersuchungen (§. 51 ff.) verdanke. — Den hier (im Texte) vorgetragenen Ansichten kommen am nächsten die Entscheidungsgründe des Urteils (2. Instanz) in dem von Ihering erzählten Falle (S. 451 ff., insbes. S. 458 ff.).

[2]) Mit der actio ex emto: l. 6. Cod. IV, 39; vgl. l. 1. pr. D. XIX, 1.

[3]) Darum auch nicht beim suspensiv-bedingten Kaufe.

[4]) Ueber das weite Anwendungsgebiet dieser Klage, über ihre Anwendung selbst auf Fälle, wo die „emtio non tenet“ s. Ude, im Arch. f. civ. Pr., XLVIII., S. 259 ff.

[5]) Stoffregen (S. 122) versichert, daß von einer condictio selbstverständlich hier nicht die Rede sein könne; es müssen ihm die Worte der l. 11. §. 6. cit. entgangen sein: „et Julianus diceret (dicit) ex emto agi posse; certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est annulus.“

ausreichend) gründet sich auf die Unmöglichkeit des mehrfachen periculum; der andere auf die sofortige selbständige Wirkung der dolosen Veräußerung.

Erster Beweis: A verkauft ein Pferd dem B, darnach dem C und tradirt dem Letzteren, in dessen Stalle das Pferd verbrennt. Daß C das periculum trägt, ist unzweifelhaft; der Vertrag war ihm gegenüber schon erfüllt, ihm das Eigentum verschafft; B hätte ihm das Pferd nicht evinciren können. Mag auch immerhin A den C über das Sachverhältniß getäuscht haben, dies war nur ein unsittlicher Vorgang, dem keine derartige Bedeutung zukommt, wie der venditio alienae rei (l. 30. §. 1. D. XIX, 1, l. 21, pr. D. XXI, 2), wo der Käufer dolos der Evictionsgefahr ausgesetzt wird. — Sobald aber feststeht, daß und von wann an C das periculum trug, sobald steht auch fest, daß B von dieser Zeit an es nicht trug. Denn das Pferd konnte nicht gleichzeitig plurium periculo vivere; die nämliche Sache kann nicht gleichzeitig verschiedenen Personen untergehen, so daß jede den ganzen Schaden trüge! — Die Frage nach dem periculum bedeutet eben: „Welche von mehreren Personen, die zur Zeit des eingetretenen casus zu der beschädigten Sache in irgend einer juristischen Beziehung standen, soll den Schaden tragen?" Dabei hat der Gesetzgeber die Natur dieser Beziehungen zu untersuchen und sich zu fragen, welche er als die entscheidende ansehen wolle; für welche der mehreren Personen als Träger des casus die überwiegenden Gründe sprechen? — Wie bei der Publiciana (der von Unger mit Beziehung auf die moderne Auffassung sog. dinglichen Näherrechtsklage) der schließliche Vorteil derselben nur Einem zugewendet werden kann (cf. l. 9. §. 4. D. VI, 2; l. 31. §. 2. D. XIX, 1), so kann auch der Nachteil des periculum immer nur Einem zugewälzt werden. In derartigen Fragen darf der Jurist nie ein völliges Gleichgewicht zweier Positionen zugeben. Also für Einen oder den Anderen muß sich der Gesetzgeber entscheiden. Und wenn schon die Verteilung des Schadens eine unjuristische Halbheit wäre, so wäre dessen Vervielfältigung geradezu eine Monstrosität! Könnte denn wirklich jemals ein Gesetzgeber sich berufen fühlen, einen ökonomischen Unfall zu vergrößern, einen Schaden künstlich zu vervielfältigen?! Und wozu dies? Um einem Verkäufer für ein und dasselbe Wertobject von verschiedenen

Seiten ein mehrfaches Aequivalent zu verschaffen, was an sich schon unstatthaft ist (cf. l. 19. §. 9. D. XIX, 2); vollends um mehrere ehrliche Käufer zu zwingen, dem betrügerischen Verkäufer mehrere Preise zu zahlen! (l. 206. D. L, 17). Wäre dies nicht eine Ironie auf den Satz: „Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat“? (l. 31. pr. D. XVI, 3). — Es hieße ja, wie Ihering treffend bemerkt, eine criminelle Handlung civilistisch prämiiren! (cf. l. 12. D. IV, 3: „ne ex dolo suo lucrentur“; l. 1. pr. eod.: „ne illis malitia sua sit lucrosa“; l. 13, l. 15. pr. eod.; etc.). Gewiß hätten die Römer nie dem Verkäufer gestattet, mehrere Kaufpreise zu begehren. Sie, die so sehr stets die bona fides beim Kaufhandel betonen (vgl. l. 1. §. 1. D. XIX, 1: „omnia . . ., quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem“; l. 7. §. 1. D. XVIII, 5: „vix bonae fidei convenire“; l. 50. D. XIX, 1; l. 48. D. eod.; und l. 58. D. II, 14: „bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio“) hätten gewiß gesagt: „bonae fidei contractus hoc non patitur“ (cf. l. 11. §. 18. D. XIX, 1), „nihil minus bonae fidei congruit“ (cf. l. 11. §. 1. eod.).

Daß eine so plane und das natürliche Rechtsgefühl so befriedigende Wahrheit noch immer verkannt werden kann, ist um so schwerer zu begreifen, als sie auch von anderen Standpunkten, als dem hier eingenommenen, sichtbar und augenfällig ist. Bringt man das periculum (wie die älteren Theoretiker) mit dem dominium in Verbindung; so muß man, die Worte der l. 5. §. 15. D. XIII, 6 parodirend, behaupten: „duorum in solidum periculum esse non posse“; gründet man den Gefahrübergang auf den „Vermögensübergang“, so ist klar, daß dieselbe Sache nicht gleichzeitig im Vermögen verschiedener Menschen sich befinden könne; erklärt man des Käufers Gefahr aus des Verkäufers Gebundenheit, der nun über die Waare nicht mehr disponiren dürfe, so muß man doch consequent den ersten Käufer der Gefahr entbinden,*) sobald der Verkäufer dennoch über die Sache anderweitig eigenmächtig disponirt hat; behauptet man (was freilich entschieden unrichtig ist) einen correlativen Zusammen-

*) S. Regelsberger im Arch. f. civ. Pr., XLIX., S. 203, 204. Vgl. Wächter (Arch., XV., S. 197), Ihering (a. a. O., S. 465).

hang zwischen des Käufers periculum und des Verkäufers Pflicht zur custodia, so ergibt sich dieselbe Entscheidung (... „et sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet“ l. 14. pr. D. de furt. XLVII, 2); denn greller kann doch wol jene Pflicht nicht mehr verletzt werden, als durch absichtliche Entäußerung! — Zu demselben Resultate kommt Ihering von seinem Standpunkte: Verkäufer könne nicht mehrere Kaufgelder erheben; denn der römische Satz über die Gefahr des Käufers bezwecke bloß, den Verkäufer vor Schaden zu sichern, nicht aber, ihn zu bereichern. Ist daher der Verkäufer von irgend einer Seite schon gedeckt, so kann er nichts weiter begehren. —

Zweiter Beweis: Zu demselben Resultate führt folgende Argumentation, die für alle Fälle des dolosen Wiederverkaufes gilt (und diese bilden weitaus die Mehrzahl).

Der Verkäufer ist verpflichtet, Alles zu vermeiden, was ihm die Erfüllung des Vertrages (das tradere) unmöglich machen könnte; ja er hat positiv dafür zu sorgen, daß sie ihm möglich bleibe. Sobald er sich der Sache entäußert, sie dolos einem Dritten trabirt, hat er den Contract gebrochen („contractus fidem fregit“), und es wäre unerträglich, wenn der Käufer auch noch jetzt, nachdem der Verkäufer sich so gegen ihn vergangen, und nachdem ein Dritter Eigentümer der Sache geworden ist, die Gefahr derselben tragen sollte! Man wendet wol ein: der Verkäufer habe sich die Erfüllung nicht unmöglich gemacht, sondern nur erschwert.[7]) Aber in weitaus den meisten Fällen[8]) lassen die Umstände erkennen, daß der Verkäufer bei dem zweiten Verkaufe an nichts weniger gedacht habe, als an einen Rückkauf der Sache. Denn regelmäßig ist der zweite Kaufpreis größer als der erste; wenn A dem B um fünfzig, dem C um sechzig verkaufte, und in wenigen Tagen nach der Uebergabe an C, vom B die Erfüllung begehrt wird, so ist es weder wahrscheinlich, daß C schon geneigt sein werde, die Sache wieder und vielleicht gar unter sechzig zu verkaufen, noch daß A gesonnen sei, die Sache etwa um siebenzig dem C abzukaufen, um sie gegen fünfzig dem B zu überlassen! — Aber abgesehen hievon hat

[7]) Stoffregen, S. 111; Ihering, Jahrb., III. Bd., S. 460.

[8]) Auch in dem von Stoffregen erzählten.

jener dolose Contractbruch eine sofortige selbständige Wirkung: daß nämlich die Gefahr vom B abgewälzt wird und er sie so lange nicht trägt, bis sich A die merx integra wieder zurückverschafft hat. So lange letzteres nicht geschehen ist, kann ein Zufall daran nichts ändern; geht die Sache früher zu Grunde, so geht sie eben zu einer Zeit zu Grunde, wo B die Gefahr nicht trug. Der Verkäufer muß sich nicht nur bei der Begründung des Vertragsverhältnisses jedes dolus enthalten (l. 6. §. 9, l. 13. §. 6. D. XIX, 1), sondern auch bei der Erfüllung (l. 13. §. 16. D. cit.), und ebenso in der ganzen Zwischenzeit. Während des ganzen Verhältnisses haftet der Verkäufer dafür dolum malum abesse (cf. l. 68. §. 1, §. 2. D. XVIII, 1, Procul.). Die Ansicht, daß der dolus erst dann eine juristische Wirkung äußere, wenn gewiß ist, daß aus diesem dolus dem ersten Käufer ein Schaden erwachse,[9]) widerspricht dem Rechtsgefühl und der Anschauung der römischen Juristen. Vgl. l. 30. §. 1. D. XIX, 1 (Afric.): „Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur (also bevor es gewiß ist, ob aus dem dolus dem Käufer ein Schaden erwachse) utiliter me ex emto acturum putavit ...., quia (venditor) dolum malum abesse praestare debeat ...“ [10]) Daß die Wirkung des dolus durch den zufälligen Untergang der Sache nicht aufgehoben wird, bezeugt ausdrücklich die l. 21. pr. D. XXI, 2: „Si servus venditus decesserit, antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum humanae sortis; de dolo tamen (obwol es gewiß ist, daß er nicht evincirt werden wird) potuerit agi, si dolus intercesserit.“ Daß dem Verkäufer, der dolos gehandelt hat, ein späterer günstiger Zufall nicht mehr nützen könne,

---

[9]) Allerdings hat diese Ansicht die große Autorität Ihering's für sich (S. 459, 460). — Auffallend sind die Bemerkungen Stoffregen's auf S. 102. Ist denn ein Vertragsbruch, ist die vielleicht schon vollzogene Tradition an einen Dritten nicht mehr, als eine „widerrechtliche Willensstimmung“?!

[10]) Wo hingegen der Verkäufer frei von Argliſt war, hat der Käufer keinen Anspruch, so lange die Eviction nicht geschehen ist (l. 3. Cod. VIII, 45), ein Beweis mehr dafür, daß der oben erwähnte Anspruch nur eine Folge des dolus ist.

lehrt allgemein Ulpian in l. 13. §. 14. D. XIX, 1 („quia dolo fecit, nec dolus purgatur"). Vgl. l. 1. §. 25. D. depos. v. contra XVI, 3 (. . . „quia semel dolo fecisti") und l. 79. D. L, 17 (Papin.) („Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur"). Es ist ein allgemeines Prinzip, daß die Wirkungen des dolus nicht hinterher durch einen Zufall aufgehoben werden. Dies gilt sowol vom dolus in Vertragsverhältnissen (wie eben gezeigt wurde), als auch vom dolus außerhalb solcher (Delicts-dolus) (vgl. die in Unger's Erbrecht, §. 52, Anm. 8 citirten Stellen und dazu die wegen ihrer Schlußworte bemerkenswerte Stelle: l. 1. §. 35. D. XLIII, 16). — Die sofort eintretende selbständige Wirkung aber, die der dolus des Verkäufers äußert, besteht in unserem Falle darin, daß die Gefahr der Sache vom ersten Käufer auf den Verkäufer rückübergeht[11]) und von diesem mit der gehörig vollzogenen rechtskräftigen Tradition sofort auf den zweiten Käufer abgewälzt ist. α) Geht nun die Sache bei ihm unter, dann trägt er den Schaden. Der erste Käufer hat in Folge des Untergangs seine Klage auf das Interesse verloren;[12]) aber weil er das periculum nicht mehr trug, braucht er nichts zu zahlen, beziehungsweise kann das schon Gezahlte zurückfordern. β) Geht die Sache nicht unter, dann kann der Käufer Schadenserſatz wegen des Contractsbruches begehren, wobei natürlich das nicht gezahlte Kaufgeld in Abrechnung kommt. γ) Gelingt es dem Verkäufer, die merx als integra so bald zurück zu erwerben, daß er dem ersten Käufer noch rechtzeitig tradiren kann, so ist dieser eben befriedigt. Gleichwol hat auch hier der dolus seine sofortige, wenn auch latente Wirkung gehabt. Die Gefahr ist eben, so lange kein Unfall eintritt, etwas unsichtbares, aber dennoch wirklich vorhandenes, vergleichbar einem elektrischen Strome. Unsichtbar wird das periculum durch Rechtsgeschäfte und dolose Handlungen weiter geleitet, und tritt erst in die Erscheinung, sobald ein Unfall eintritt. So war in unserem Falle das periculum Anfangs beim Verkäufer; ging mit

---

[11]) Genießt doch der Käufer sofort den Vorteil jener Dispositon und die daraus entspringende Gefahr soll er nicht sogleich tragen? —

[12]) Vgl. Windscheid, §. 258, N. 15.

der Perfection des ersten Geschäftes auf den ersten Käufer über; war im Moment der eigenmächtigen Disposition beim Verkäufer, von dem es mit vollzogener Tradition auf den zweiten Käufer überging; sobald der Rückkaufvertrag perfect ist, geht es zurück auf den nunmehr kaufenden Verkäufer; und sobald er die merx integra erhalten hat und für den ersten Käufer custodirt, trägt dieser wieder die Gefahr. Wem dies zu künstlich erscheint, denke sich die Leitung irgendwo durch einen casus unterbrochen; und es wird sich zeigen, daß obige Reihe auf die Frage: „wen betrifft dieser casus?" die befriedigende Antwort gibt. —

c) Die Sache war noch keinem der beiden Käufer tradirt, und geht beim Verkäufer casuell zu Grunde. Hier muß meines Erachtens der erste Käufer den Schaden leiden, weil die bloße Abschließung des zweiten Contractes, wodurch die objective Sachlage nicht geändert wurde, zur Abwälzung des periculum nicht genügt. Der Verkäufer custodirt noch immer und wollte vielleicht nur den zweiten Käufer betrügen.[13]) So muß der Theoretiker argumentiren. Der Gesetzgeber aber, dem eine freiere Bewegung vergönnt ist, würde kaum getadelt werden, wenn er keinen der beiden Käufer, sondern nur den betrügerischen Verkäufer die Gefahr tragen ließe, weil dieser keinem der Beiden zu erweisen vermag, daß er zu seiner Disposition die Sache gehalten habe. Da es objectiv gewiß ist, daß er wenigstens Einen der beiden Contracte nicht erfüllen wollte, und er nicht zu erweisen vermag, welchem der Beiden er erfüllt hätte (wenn er nicht vielleicht Beide betrügen wollte!), so wäre es doch das Billigste, eben keinem der beiden ehrlichen Käufer die Gefahr aufzubürden, sondern dem betrügerischen Verkäufer, der sich darüber nicht beklagen

---

[13]) Windscheid hat in der ersten Auflage (Pand., II., §. 390 a. E.) die Gefahr den ersten Käufer tragen lassen (von der Theorie des Vermögensüberganges ausgehend); in der zweiten Auflage schiebt er sie dem zweiten Käufer zu; aber die Gründe, die er (S. 422, N. 17) anführt, zeigen nur, daß es unbillig sei, den ersten Käufer die Gefahr tragen zu lassen; nicht aber, daß es billig sei, sie dem Zweiten aufzubürden; das Natürlichste und Billigste wäre eben Beide ledig zu sprechen, d. h. die Gefahr nicht den Hintergangenen, sondern dem Betrüger zuzuwälzen.

darf, da er durch seine Arglist selbst jene Ungewißheit hervorgerufen hat. Ja, ich glaube, daß die römischen Juristen — weniger ängstlich als wir — einen solchen Fall geradezu so entschieden hätten; etwa mit einer ähnlichen Wendung wie: „emtorum periculo esse non debet; itaque tota ea res ad dolum malum duntaxat venditoris dirigenda est“ (vgl. l. 54. pr. D. XIX, 1). Sie hätten dies gewiß nicht „graviter adversus eum constitutum“ (vgl. l. 1. §. 1. D. IV, 9), sondern „aequissimum“ gefunden, da es nur am Verkäufer liegt, solchen Nachteil zu vermeiden.

Wollte man aber diese Argumentation de lege ferenda nicht gelten lassen, so müßte doch der Gesetzgeber einen festen Grundsatz darüber aufstellen, welcher der beiden Käufer das periculum tragen müsse. Denn unerträglich wäre es, wollte man dem betrügerischen Verkäufer das Recht einräumen, von jedem der Käufer den bedungenen Preis einzutreiben;[14]) und beinahe ebenso unerträglich, wollte man dem Verkäufer die Wahl lassen, d. h. es dem Belieben des Betrügers anheimstellen, welchem der beiden Käufer[15]) er den Schaden aufhalsen wolle. Und tatsächlich steht nach römischem Recht im Falle der bloßen Deterioration dem Verkäufer die Wahl frei, welchem Käufer er die verschlechterte Sache tradiren, d. h. welchen er schädigen wolle! — Da muß sich jedem Unbefangenen die Betrachtung aufdrängen, zu wie bedenklichen Consequenzen der singuläre römische Satz über das periculum führt. Der unredliche Verkäufer trägt nicht die Gefahr einer Sache, die er in seinem Gewahrsam hält, und an

---

[14]) Mommsen („Erörterungen“, Heft 1, S. 110, N. 6) meint: an sich könne der Verkäufer die mehreren Preise einfordern. Doch sucht er diesen Satz als praktisch ungefährlich hinzustellen durch eine völlig verunglückte Wendung. (Aehnlich das 4. Gutachten bei Stoffregen, S. 109.)

[15]) Diese Wahl will dem Verkäufer einräumen Ihering (S. 476—480), übrigens „das Mißliche“ derselben zugebend. Gegen dies Wahlrecht Windscheid, a. a. O., N. 17. Goose (S. 209) dagegen findet die Entscheidung: daß es vom souveränen Belieben des Betrügers abhangen solle, welchen der Käufer er zu Schaden bringen will, gar nicht mißlich, vielmehr ganz unvermeidlich. „Der zur Zahlung angehaltene Käufer kann sich nicht beklagen (!!), der andere wird es nicht.“

deren Untergange er offenbar ein Interesse hat![16]) Wie viel einfacher und befriedigender lösen sich alle die hier aufgeworfenen Fragen vom deutschrechtlichen Standpunkte aus! —

d) Wurde nach einander an mehr als zwei Personen tradirt, so trägt der erste Käufer die Gefahr, so lange keine Tradition stattfand; sobald aber letztere erfolgte, derjenige, welchem tradirt wurde.

Die Frage aber, ob der erste Käufer, wenn er die Gefahr der Sache trägt, nicht vielleicht einen Anspruch auf den zweiten Kaufpreis habe, hätte nie aufgeworfen werden sollen. Sie beruht teils auf unklaren Vorstellungen über „Vermögensübergang", teils auf einer Verwechslung von periculum rei und periculum negotiationis (l. 21. D. XVIII, 4).[17])

Der dolose mehrfache Verkauf ist übrigens im römischen Recht mit der poena falsi[18]) der l. Cornelia, im gemeinen Recht mit einer arbiträren Strafe bedroht.

---

[16]) Weil er durch denselben von der Klage auf Ersatz eines den Kaufpreis übersteigenden Schadens befreit wird.

[17]) S. Mommsen, „Erörterungen", 1. Heft, S. 109 ff., Ihering, a. a. O., S. 467. Ueber die l. 21. D. XVIII, 4: Ihering, S. 453 ff., „Abhandlungen", S. 58 ff.; Mommsen, „Beiträge", I., S. 298, Anm., „Erörterungen", a. a. O.; Windscheid, Krit. Ztschft., II., S. 134; Stoffregen, S. 114 ff.

[18]) L. 21. D. XLVIII, 10. Warum gerade poena falsi? In jedem Falle läge die Stellionatsstrafe näher; und im Falle wirklich erfolgter Tradition an den Dritten selbst die poena furti (vgl. §. 3. J. II, 6; l. 73. D. de furt. XLVII, 2; l. 16. Cod. VI, 2). Um die actio furti anstellen zu können, braucht man weder Eigentum, noch sonst ein dingliches Recht an der Sache zu haben, ja nicht einmal „in bonis" (im Sinne von l. 143. D. L, 16) braucht man sie zu haben. Ein obligatorisches Recht auf die Sache ist nicht bloß genügend, sondern nicht einmal durchaus erforderlich. Es genügt, daß durch die contrectatio ein selbständiges vom Rechte zu schützendes Interesse verletzt wurde, sei es daß der Kläger verpflichtet war die Sache zurückzustellen oder für sie zu haften (wo also seine Beziehung zur Sache in einer obligatorischen Verbindlichkeit besteht), sei es sogar, daß dieses Interesse an der gestohlenen Sache überhaupt in gar keiner privatrechtlichen Form erscheint. Vgl. l. 14. §. 17. D. de furt. (Ulp.), wo von einem gestohlenen Briefe die Rede ist: „Quis ergo furti aget? Is, cuius interfuit eam non surripi, id est, ad cuius utili-

II. Bei dem ſpäteren Verkaufe waltete kein dolus ob. Dieſer Fall ereignet ſich ſehr ſelten. Denn ſelbſt wenn der Verkäufer die Abſicht und begründete Ausſicht hatte, die Sache rechtzeitig rückzuerwerben, ja ſogar wenn er mit dem zweiten Käufer deshalb ein pactum de retrovendendo geſchloſſen hätte,[19]) iſt ſeine Handlungsweiſe — zwar keine fraudulose — aber doch eine dolose, weil eigenmächtig und pflichtwidrig den erſten Käufer gefährdende.[20]) Ueberdies verſteht es ſich nach dem oben Geſagten von ſelbſt, daß der erſte Käufer nicht das periculum tragen könne zu einer Zeit, wo es unzweifelhaft beim zweiten Käufer war. Letzteres müßte ſelbſt dann gelten, wenn der erſte Käufer (ſeinen Contract aufrecht haltend) dem Verkäufer die Erlaubniß zu der zweiten Veräußerung gegeben hätte. Außer dieſem Falle kann ein zweiter Verkauf auch dann ohne dolus

---

tatem pertinebant ea, quae scripta sunt;" alſo in der Regel der Adreſſat. (Vgl. l. 71. §. 1. D. XLVII, 2 (Javolen.): „quia furti agere potest is, cuius interest, rem non surripi; interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus esset.") Ob auch der Briefbote (Ueberbringer) ſelbſt klagen könne? „Et si custodia eius ad eum pertineat, potest .... et erit ... similis causa et cauponis, aut magistri navis; ... quoniam periculum rerum ad eos pertinet." (Cf. l. 4. pr. D. IV, 9: „et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo.) Dieſe Stellen ſind um ſo intereſſanter, als hier die Einräumung der actio furti geradezu damit begründet wird, daß der Kläger das periculum rei trage. Alſo in der Perſon des erſten Käufers iſt kein Hinderniß der actio furti vorhanden. Aber auch nicht in der Perſon des beklagten Verkäufers; denn daß die actio furti auch gegen den Eigentümer angeſtellt werden könne, iſt bekannt genug. — Sieht man aber von der Frage: ‚warum nicht poena furti?' ab, ſo läßt ſich die poena falsi dadurch hiſtoriſch erklären, daß der mehrfache Verkauf für eine criminelle Handlung ſchon zu einer Zeit angeſehen wurde, wo es noch keine stellionatus persecutio gab. Als ſpäter dieſe weit reichende ſubſidiariſche Criminalklage da war, ſind manche Betrügereien, „die an ſich unter den Begriff des Stellionates fallen würden, demſelben durch den zufälligen Umſtand entzogen worden, daß ſie ſchon früher für falsa erklärt wurden" (Marezoll, Criminalrecht, §. 158).

[19]) A. M. Ihering, a. a. O., S. 460.

[20]) Dabei wird vorausgeſetzt, daß wirklich tradirt werde. Einen Verkauf wo der Verkäufer hoffen darf, noch vor der Tradition an den zweiten Käufer von dieſem zurückzukaufen, kann ich mir nicht als praktiſch denken.

stattfinden, wenn der Verkäufer den ersten Kaufvertrag aus Irrtum für nichtig oder aufgehoben hielt. An der Grenze des unbefangenen Handelns steht der Verkauf, den der Verkäufer in der auf vernünftige Gründe gestützten Hoffnung vornimmt, der erste Käufer werde ihn seiner Verpflichtung entlassen. In allen diesen Fällen hat meines Erachtens der erste Käufer so lange die Gefahr zu tragen, als der status quo dauert, d. h. so lange, als er mit der actio emti die gehörige Erfüllung herbeiführen, die Waare vom Verkäufer sich verschaffen kann. Sein periculum erlischt mit seinem Rücktritte vom Vertrage (d. h. der Entlassung des Verkäufers im obigen Falle), sonst sobald dem Zweiten tradirt wurde.

§. 52.

(Fortsetzung.)

Von den Fällen, wo der mehrfache Verkauf durch verschiedene Verkäufer geschah, sollen nur einige beispielweise hier hervorgehoben werden.

1) Ein Erbe (A) verkauft eine im Nachlaß befindliche Sache dem N, nicht wissend, daß sie dem B gehöre. Gleichzeitig verkauft sie B an den M. Geht die Sache beim N unter, so trägt er das periculum, da er wegen der drohenden Evictionsgefahr noch keinen Anspruch hatte gegen den A, der bona fide verkauft hat (l. 3. Cod. VIII, 45). M trägt kein periculum, d. h. er braucht dem B nichts zu zahlen, beziehungsweise kann den Kaufpreis zurückfordern; während B den Kaufpreis, den A erhielt, condicirt [s. l. 23. D. XII, 1. (Afric. mit Berufung auf Julian.) Ebenfalls von Afric. ist die l. 49. D. III, 5, wo der Standpunkt der sog. objectiven neg. gestio eingenommen wird; vgl. ferner l. 1. Cod. IV, 51; l. 1. Cod. IV, 52 [1])]. Dies Resultat befriedigt auch völlig das Rechtsgefühl: B hat keinen Vorteil, mit Recht; denn die Sache gehörte nicht ihm; aber auch keinen Nachteil, da er wegen Eviction nicht mehr angegangen werden kann; auch das ist recht: er war ja bona fide. N bezog die com-

[1]) Windscheid, II., §. 422, N. 4, b).

moda, trug darum auch das periculum. B erhält einen Kaufpreis, mit Recht: er war ja der Eigentümer; er erhält nur einen Kaufpreis; es ist aber auch kein vernünftiger Grund vorhanden, warum er für dieselbe Sache ein mehrfaches Aequivalent erhalten sollte. Man sieht hieraus, wie Ihering's Auffassung, die vom Standpunkt der Forderung des Verkäufers ausgeht, und die hier entwickelte von der Unmöglichkeit des mehrfachen periculum (die vom Standpunkt der Käufer ausgeht) zu dem nämlichen Ergebniß führen.

Wenn aber der Eigentümer von seinem Käufer einen höheren Preis sich bedungen hatte, soll er sich mit dem geringeren begnügen müssen, da er doch seinem Käufer gegenüber nichts versäumt hat? Meines Erachtens wäre der Käufer M zur Zahlung der Differenz (des Plus) an den B zu verhalten. Er ist nur insoweit von dem periculum frei, als dieses von N getragen wurde. Wem dieses gekünstelt erscheinen sollte, der müßte daraus gegen die Practicabilität des römischen Satzes argumentiren (dergleichen Zweifelsfragen wären auf dem deutschrechtlichen Standpunkt unmöglich!), nicht gegen die Theorie der Unmöglichkeit eines vervielfältigten periculum. Denn wenn man diese verwirft, erhält man folgendes Resultat: N zahlt z. B. fünfzig Gulden an den A, M sechzig Gulden an den B; B condicirt die fünfzig Gulden, erhält also für dieselbe Sache zwei Preise (was man wahrlich auch eine „ungerechtfertigte Bereicherung" nennen könnte!), während die zwei harmlosen Käufer beide zu Schaden kommen. Entspricht vielleicht dies Resultat dem Rechtsgefühl besser, als das obige? Würde ein Gesetzgeber, der lieber dem Verkäufer eine grundlose Bereicherung zuwenden, als den Käufer vor einem unverdienten Nachteil bewahren wollte, — würde er sich nicht dem Vorwurfe aussetzen, er habe die Mahnung des Paulus überhört: „In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit"? (l. 90. D. L, 17; cf. l. 183. D. eod.) —

2) Wäre im vorigen Beispiel A mala fide gewesen, so würde er sofort dem N wegen dolus haftbar und auch durch den Untergang der Sache nicht frei (l. 21. D. XXI, 2).[2]) Da also N vom A den

[2]) Nur lautet nach dem Untergange der Sache der Anspruch nicht mehr: „quanti mea interfuit, rem meam esse factam" (l. 30. pr. D. XIX, 1),

Kaufpreis zurückfordern, bez. seiner Klage auf Zahlung die exc°. doli entgegensetzen kann, so trägt er das periculum nicht; hier trägt es der M, der dem B den versprochenen Kaufpreis zahlen muß.

3) Die beiden vorhergehenden Fälle sind in gleicher Weise zu entscheiden, auch wenn noch an keinen der beiden Käufer tradirt war, sondern die Sache in der custodia des non dominus zu Grunde ging.

4) Wie aber, wenn dieselbe Sache gleichzeitig von verschiedenen non dominis an verschiedene Käufer verkauft wurde, wenn dabei alle Interessenten bona fide waren, und die Sache zu Grunde geht, bevor sie irgend welchem der Käufer tradirt war? Es scheint, daß man nach römischem Rechte wirklich allen Verkäufern eine Preisforderung gegen ihre Käufer zugestehen muß. In diesem einzigen Falle würden also wirklich mehrere Personen gleichzeitig das periculum tragen. Meldet sich kein Eigentümer, so bleiben die sämmtlichen non domini ungerechtfertigt bereichert; meldet sich aber der Eigentümer, so condicirt er alle Kaufpreise. Kann man ein solches Resultat ein billiges, ja auch nur ein vernünftiges nennen? Auf keinem Punkte zeigt sich deutlicher als hier: 1) daß der römische Satz über periculum ein völlig singulärer ist; 2) daß er unserem Rechtsgefühl nicht entspricht und in manchen Fällen zu den bedenklichsten Resultaten führt; 3) daß es nur ein Mittel gibt, aller dieser weitläufigen Casuistik, allen diesen Zweifeln und Widersprüchen zu entgehen: die Ausscheidung jenes singulären Satzes, die Rückkehr zur Natur der Sache, oder, was hier dasselbe ist: die Aufnahme des deutschrechtlichen Prinzips durch die moderne Gesetzgebung.

---

sondern: „q. m. i., non esse deceptum“ (cf. l. 21. §. 2. D. eod.) [oder „q. m. i., non decipi“: cf. l. 13. §. 1, §. 2. D. eod.; oder „q. m. i., sciisse“: cf. l. 4. pr. D. eod.]. Der Käufer hätte nicht gekauft, die Sache wäre also nicht bei ihm untergegangen, hätte ihn der Verkäufer nicht getäuscht (l. 43. §. 2. D. XVIII, 1).

§. 53.

(Fortsetzung.)

b) Oesterreichisches Recht.

Mehrfacher Verkauf durch denselben Verkäufer; und zwar:

A) einer beweglichen Sache.

Vom deutschrechtlichen Standpunkt ist die Sache einfach: so lange nicht tradirt wurde, trägt der Verkäufer die Gefahr; sobald tradirt wurde, derjenige Käufer, an den die Tradition geschah. — In allen Fällen, wo schon tradirt war, ferner in allen, wo keine Zeit für die Tradition festgesetzt war, kann auch nach österreichischem Rechte keine Frage entstehen. Leider ist aber das deutschrechtliche Prinzip im a. b. G. B. entstellt, wie folgendes Beispiel zeigen mag. A verkauft dem B ein Pferd, das Letzterer am 1. Mai (nicht früher, nicht später) abholen soll; dann verkauft er es dem C, der ebenso am 3. Mai abholen soll. Durch eine Ueberschwemmung werden B wie C am Abholen verhindert. Wenn das Pferd am 29. April umsteht, trägt A den Schaden, wenn am 2. Mai, sollte ihn der B tragen; wenn aber am 4. Mai, — trägt da das periculum der B oder der C? In welches Labyrinth führen die verkünstelten Distinctionen des österreichischen Gesetzbuchs! Es ist gewiß gar nicht leicht zu sagen, wie der Richter jene Frage beantworten soll? Er dürfte wol am besten tun, wenn er, im Falle A dolos handelte, ihn bis zur Tradition alle Gefahr tragen ließe; und in den äußerst seltenen Fällen, wo A bona fide weiter verkaufte und die Gefahr schon vor der Tradition auf einen Käufer übergehen soll, sie dem ersten Käufer auflegen würde.

B) Mehrfacher Verkauf einer unbeweglichen Sache.

Regelmäßig erfolgt nach österreichischem Rechte der Gefahrübergang mit der Uebergabe der Sache. Bei Immobilien bezieht sich dieses Wort sowol auf die physische Uebergabe, als auf die Intabulation. Keiner dieser beiden Acte ist notwendig zum Gefahrübergang; jeder für sich ist genügend; wo also beide stattfanden, ent-

scheidet der frühere, wenn an denselben Käufer tradirt wurde, der ins Buch gelangt. Beim mehrfachen Verkauf überwindet aber der stärkere Act den schwächeren. Beispiele: 1) Wenn A sein Haus dem B verkaufen würde und ihn ins Buch brächte, ohne ihm jedoch den physischen Besitz einzuräumen, so trägt B sogleich die Gefahr. Wenn A bald darauf dasselbe Haus dem C verkaufen und tradiren würde, so bliebe gleichwol das periculum beim B; C trüge keines, da ja ein solcher Verkauf eine venditio rei alienae wäre und sein Anspruch gegen den A (vgl. l. 30. §. 1. D. XIX, 1) jegliches periculum ausschließt. 2) Wenn A fast gleichzeitig an B und an C verkauft, dann dem B tradirt und später die Umschreibung auf den C vornehmen läßt, so trägt erst A die Gefahr, nach der Tradition der B, nach der Intabulation der C.[1]) Es ist billig, daß in jener Zwischenzeit B die Gefahr trägt; denn er kann ja die Sache benützen und kann auf Intabulation klagen. Ebenso billig ist es aber auch, daß mit der Intabulation die Gefahr sofort auf den C übergeht, der ja nunmehr als Eigentümer dem B den Besitz nehmen, die Sache vermieten, weiter veräußern kann u. s. w. Billig ist es endlich auch, daß seit der Intabulation der B die Gefahr nicht mehr trägt, da ihm ja nunmehr A das Eigentum derselben nicht mehr gewähren kann, er vielmehr jeden Augenblick aus dem Besitz des Hauses verdrängt werden kann. Also auch hier kein mehrfaches periculum! — Die juristische Construction ist aber folgende: Im Momente der vollzogenen Intabulation geht die Gefahr vom B auf den Verkäufer A zurück. Denn in gleicher Art, wie (nach l. 30. §. 1. D. XIX, 1) der Verkäufer haften muß, der eine fremde Sache verkauft, muß er auch haften, wenn er die verkaufte Sache zu einer fremden macht. Auch diese Haftung kann durch casuellen Untergang der Sache nicht erlöschen. Die Gefahr bleibt aber nicht beim A, sondern geht durch ihn sofort auf den C über. Dies ist nicht eine müssige Künstelei: das periculum kann nicht unmittelbar vom B auf den C übergehen, die einander nichts angehen; auch sind es, trotzdem der ganze Vorgang zeitlich sich als ein einheitlicher, einmomentiger darstellt, zwei

[1]) Genau dasselbe gilt natürlich, wenn A erst dem B verkauft, dann ihm tradirt, darauf dem C verkauft und endlich diesen ins Buch bringt.

verschiedene Kräfte, welche das periculum bis zum C leiten: vom B auf den A wird es überwälzt durch den dolosen Contractsbruch, vom A auf den C durch die Eigentumsverschaffung.

Wenn also im Verhältniß zwischen dem B und dem C das Eigentum den Besitz (bezüglich des periculum) überwindet, warum nicht auch im Verhältnisse zwischen dem B und dem A? — Die Antwort liegt nahe: Weil B seinen Besitz gegenüber dem Eigentum des C nicht zu behaupten vermag, wol aber gegenüber dem Eigentum des A (mit der exc°. rei venditae et traditae).

X.

Assecurirte Waaren. [1])

§. 54.

Welchen Einfluß auf das periculum hat die von Seiten des Verkäufers genommene Assecuranz?

I. Hat der Verkäufer nach geschlossenem Kaufe versichert, so hat er als neg. gestor des Käufers gehandelt. [2])

II. Der Verkäufer hatte vor dem Verkaufe Assecuranz genommen; erlischt die Verbindlichkeit des Versicherers durch die Veräußerung? [3]) Zweck der Assecuranz ist: den Versicherten vor Schaden zu bewahren; keineswegs aber: ihm einen Gewinn zuzuwenden. [4]) Darum

---

[1]) Vgl. M. Pöhls, Handelsrecht, IV. B, I. Teil, §. 571; Ihering in d. Jahrb. f. Dogm., III., S. 472 ff.; Lippmann, ebd., VII., S. 23 ff.; Windscheid, Pand., II., §. 264, N. 6; Holzschuher (Kuntze), III., S. 825, 826; Grün e Joliat, Trattato delle assicurazioni terrestri, I., p. 109, p. 275 [mir war nur die italienische Uebersetzung (Mantua 1840, 2. Ausg.) dieses Werkes zugänglich; das Original ist französisch].

[2]) Mommsen, Erörter., 1. Heft, S. 118, 119 und S. 117; vgl. aber Dresdner Entw., A. 960.

[3]) Ihering, Lippmann, Windscheid gehen von der petitio principii aus, daß dies nie der Fall sei. Die Aeußerungen von Grün und Joliat (l. c.) gehen auch von der Voraussetzung aus, daß der Assecuranzvertrag nach dem Verkaufe fortbestehe, sind aber nicht frei von Widersprüchen.

[4]) Vgl. A. b. G. B., §. 1288, Stubenrauch, III., S. 508; Dresdener Entw., A. 957; W. Benecke, System des Assecuranzwesens, I. Bd.,

muß der Versicherte ein Interesse an der Integrität der Sache haben und zwar sowol zur Zeit des Vertragsschlusses (s. hier N. 2; und A. 250 des Holländischen H. G. B. von 1838), als beim Eintritt des schädigenden Ereignisses (A. 987 des Dresdener Entw.). „Keine Gefahr (im objectiven Sinne), keine Prämie" sagt das Sprüchwort über Ristorno; „keine Gefahr im subjectiven Sinne (kein Interesse), keine Assecuranzsumme" können wir hier sagen. Darnach könnte es scheinen, als ob durch den Kaufvertrag der Assecurabeur jedenfalls befreit würde.[5]) — Allein es liegt kein Grund vor, warum der Verkäufer nicht sein Interesse an der Sache verlängern könnte, z. B. indem er sich verpflichtet, das periculum bis zur Tradition zu tragen; der Versicherer kommt dadurch in keine schlimmere Lage, als wenn der Verkauf nicht stattgefunden hätte. Eine andere Frage ist die: ob der Versicherte seine Assecuranzforderung mitverkaufen, d. h. dem Käufer der Waare wirksam cediren könne? Dies steht ihm unbedenklich frei; doch haftet der Assecurabeur nicht für Gefahren, welche nicht eingetreten sein würden, wenn die Veräußerung unterblieben wäre. (Vgl. A. 904 des A. D. H. G. [Seerecht], und A. 984 des Dresdener Entw.) Nach englischem Rechte hängt die Wirksamkeit einer solchen Uebertragung von der Genehmigung des Versicherers ab,[6]) und in den Polizzen vieler, namentlich französischer, Ver-

---

Kap. II., Abschn. 3; — Ihering, a. a. O., S. 472; Mommsen, Erörter., S. 119, 120; Beseler, II., §. 129; A. D. H. G., A. 782. Eine andere Auffassung des Versicherungsvertrages versucht, ohne überzeugende Gründe, geltend zu machen Endemann in seinem Handelsr., S. 826, und in einem Aufsatz in Goldschmidt's Ztschft., Bd. IX.

[5]) Nach russischem Recht erlischt die Assecuranz durch die Veräußerung, wenn nicht im Versicherungsvertrage etwas anderes bedungen ist. (S. M. Böhls, a. a. O., S. 159.)

[6]) Benecke, IV., S. 532 ff. Wenn Mommsen gleiches auch für das gemeine Recht behauptet, indem ein obligatorisches Verhältniß nur zwischen dem Versicherer und dem ursprünglich Versicherten existire; — so ist dies richtig, wenn man an eine Novation denkt; unrichtig, wenn es sich um einfache Cession der Klage des Verkäufers handelt. Zu dieser ist aber der Verkäufer berechtigt; denn vor dem Ablauf des Assecuranztermines hört die Haftung des Versicherers nur dann auf, wenn der Versicherte kein Interesse mehr an der Integrität der Sache

sicherungsgesellschaften findet sich die Clausel, daß der Verkauf den Assecuradeuren angezeigt werden müsse, von denen es abhängt, ob sie den Vertrag aufrecht halten oder von ihm abgehen wollen.[7]) — Drittens frägt es sich, ob der Verkäufer zu einer solchen Uebertragung verpflichtet ist? Es ist kein Grund zu einer solchen Verpflichtung einzusehen. Weder ist die Versicherungsforderung „ein Accessorium, das dem Eigentum folgt", wie Grün und Joliat sich ausdrücken,[8]) noch gilt die Motivirung, welche M. Pöhls[9]) gibt: daß „der Cedent verpflichtet ist, mit dem Hauptrechte jedes commodum auf den Cessionar zu übertragen".[10]) Jene Forderung ist ein commodum ex negotiatione, kein commodum ex re. Der Vertrag zwischen Versicherer und Versicherten hat keinen Zusammenhang mit dem Kaufgeschäfte. Es ist unzulässig, jene Forderung mit der Klage gegen den Beschädiger der Sache zusammenzustellen.

Es ist aber auch gar kein praktisches Bedürfniß vorhanden, daß der Gesetzgeber dem Verkäufer diese Pflicht auferlege. Denn welches Interesse hätte dieser an der Unterlassung? Im Falle der Nicht-Uebertragung kann weder er, noch der Käufer die Assecuranzsumme

---

nachweisen kann; und es muß dem Verkäufer frei stehen, dieses Interesse dadurch zu verlängern, daß er dem Käufer gegenüber gleichsam selbst zum Versicherer wird. Natürlich kann aber der Käufer nur ex persona cedentis klagen.

[7]) Grün e Joliat, l. c, p. 109 (No. 86), p. 275 (No. 229).

[8]) L. c., p. 109; dieser Aeußerung wird aber auf p. 275 die Spitze abgebrochen.

[9]) IV. Bd., I. Teil, S. 149.

[10]) Er beruft sich auf l. 6, l. 23. pr. D. XVIII, 4. Dagegen muß bemerkt werden: Die Beziehung zwischen dem Pfandrecht oder der Klage gegen den Bürgen und der Hauptforderung ist eine so innige, daß man sie eine juristische Qualification der letzteren nennen kann: diese ist eine durch Pfänder oder Bürgen gesicherte Forderung. Ein solcher Zusammenhang zwischen der Sache und der Assecuranzforderung findet nicht statt. „Versicherte Waaren" ist ein ungenauer Sprachgebrauch: der Versicherungsnehmer versichert nicht sowol die Waaren, als vielmehr sich. Der Versicherer übernimmt nicht die objective Gefahr der Unfälle, welche die Sache innerhalb einer gewissen Zeit treffen möchten; er übernimmt sie nur insoweit, als sie zugleich für den Versicherten eine Gefahr im subjectiven Sinne ist.

fordern: er nicht, weil er kein Intereſſe liquidiren kann,[11]) der Käufer nicht, weil er keine Klage hat. Im Falle der Uebertragung gewinnt ſowol der Käufer, der nun aſſecurirt iſt, als der Verkäufer, der einen höheren Kaufpreis erzielt. Ein geſetzlicher Zwang iſt daher entbehrlich; um ſo mehr, als der Käufer, der die Aſſecuranz nicht kannte, bei der Preisvereinbarung ſie auch nicht berückſichtigte; wenn er aber von ihr wußte, ſollte er die Uebertragung ſich ausbedingen; wenn er endlich vom Verkäufer ſelbſt erfuhr, daß eine Aſſecuranz beſtehe, ſo iſt der Kaufvertrag dem mutmaßlichen Willen der Contrahenten gemäß dahin auszulegen, daß mit der Waare auch die Aſſecuranzforderung gekauft ſei. Im Falle der Nichtübertragung erliſcht die Haftung des Verſicherers in dem Augenblick, wo die Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer übergeht. Freilich können Käufer und Verkäufer, wenn ſie unehrlich ſind, ſehr leicht gegen den Aſſecurabeur colludiren. Daher haben die Aſſecuranzgeſellſchaften Recht, daß ſie — ſelbſt wo die Uebertragung der Aſſecuranzforderung mit der Waare geſtattet iſt — die Anzeige des Verkaufes und der Uebertragung verlangen.[12]) —

Jemand verkauft ſeine verſicherte Sache, welche noch vor der Tradition bei ihm untergeht. Es iſt nun die Frage aufgeworfen worden: ‚trägt der Käufer in ſolchem Falle bloß keine Gefahr, oder hat er — gegen Entrichtung des Kaufgeldes — einen Anſpruch auf Ceſſion der Aſſecuranzforderung?‘ Meines Erachtens hat er letzteren Anſpruch nur dann, wenn die Aſſecuranzforderung mitverkauft war, was eben eine Interpretationsfrage iſt (ſ. oben).[13]) Was aber die

---

[11]) Vgl. Grün e Joliat, l. c., p. 109: „questi (il venditore) non potrà più riservarsi in caso di perdita l'indennità d'un rischio che più non corre.“

[12]) Vgl. Mommſen, a. a. O., S. 121, N. 19.

[13]) Keineswegs aber iſt immer und notwendig mit der Waare die Aſſecuranzforderung mitverkauft (ſ. hier N. 10). Vgl. A. D. H. G., A. 901 („ſo können dem Erwerber die ... nach dem Verſicherungsvertrage ... zuſtehenden Rechte ... übertragen werden“) und Dresdener Entw., A. 984 („Mit dem verſicherten Gegenſtande können ... auch die ... Rechte aus dem Verſicherungsvertrage an den Erwerber des verſicherten Gegenſtandes veräußert werden“). — Nach §. 2163 preuß. L. R. (II. 8) ſoll mit dem Eigentum der verſicherten

Fälle betrifft, wo der Käufer keinen solchen Anspruch hat, so ist zunächst gewiß, daß das periculum des Käufers nicht gleichzeitig neben der Assecuranzforderung des Verkäufers bestehen kann.[14]) Es können nicht gleichzeitig sowol der Käufer, als der Assecurateur die Gefahr derselben Sache tragen; es gibt eben kein mehrfaches periculum, — eine Rechtswahrheit, welche auch in dem Verbote mehrfacher Assecuranz Anerkennung gefunden hat.[15]) Kann aber in solchem Falle der Käufer der Klage auf das pretium entgegensetzen, daß Verkäufer ohnehin gedeckt sei? oder kann vielmehr der Versicherer der Klage aus dem Assecuranzvertrag entgegensetzen: „Meine Verbindlichkeit erlosch mit der Perfection des Kaufcontractes, mit welcher die Gefahr vom Kläger auf den Käufer überging" —? Für ersteres spricht die Billigkeit, für letzteres die juristische Consequenz. Glücklicherweise wird man in den allermeisten Fällen annehmen dürfen, daß die Assecuranzforderung mit verkauft wurde. Auf dem Boden des deutschrechtlichen Prinzips wäre auch diese Zweifelsfrage unmöglich. — Schließlich muß hier noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß man von einer den Kaufpreis übersteigenden Assecuranzforderung nur dann reden kann, wenn man sie dem Käufer zuspricht; der Verkäufer kann in solchen Fällen vom Versicherer nie mehr fordern, als höchstens den Kaufpreis, weil er einen größeren Schaden nicht liquidiren kann.

Wenn man fragt: ob der Käufer gegenüber dem Verkäufer Be-

Sache ohne anderes auch die Assecuranzforderung übergehen; — eine völlig verfehlte Bestimmung, da die Assecuranz in keiner Beziehung zum dominium, sondern nur zum periculum steht. Deshalb ist richtiger die Bestimmung in A. 263, Abs. 1 des Holländ. H. G. B. (von 1838); vgl. im Niederländ. Wetboek van Koophandel (von 1826), B. II., Tit. IX., Abt. 1., A. 26.

[14]) Dieselbe Ansicht bei Ihering, a. a. O. Wenn er die Kaufpreisforderung vor der Tradition als die Forderung „einer durch das Gesetz dem Verkäufer zugebilligten Versicherungssumme" bezeichnet, so kann dies nur als ein bildlicher Ausdruck, als ein Gleichniß gelten; denn die Preisforderung ist eine fixe, während die Assecuranzforderung in der sog. „Höhe der Assecuranz" nur ihre Maximalgrenze hat. (S. A. 790 des A. D. H. G., wobei zu bedenken, daß „der Versicherungswert" ein veränderlicher ist.)

[15]) S. z. B. A. 792, Abs. 1.

freiung von der Kaufschuld (beziehungsweise Rückzahlung des Preises) oder aber Abtretung der Assecuranzforderung begehren könne, oder ob es vielleicht vom Verkäufer abhänge, welchen der beiden Vorteile er jenem gewähren will; — so ist nach den bisher erörterten Grundsätzen des Versicherungsrechtes schon die Fragenstellung eine unrichtige. Die Schriftsteller, welche diese Frage ventilirt und in verschiedenem Sinne beantwortet haben, [16]) fragen sich immer nur: ‚welchen Einfluß hat der Assecuranzvertrag auf den Kaufcontract?', ohne zuvor untersucht zu haben, welchen Einfluß der Kaufcontract auf den Assecuranzvertrag übt.

---

[16]) S. Ihering einerseits, Lippmann und Windscheid andererseits.

Beilagen.

Beilage I.

Ueber die ll. 12—14. D. de peric. et comm. (XVIII, 6) und die l. 33. D. loc. cond. (XIX, 2).

Cujacius bediente ſich zur Verteidigung ſeiner Anſicht,[1]) daß auch nach römiſchem Rechte die Gefahr der gekauften Sache erſt mit der Uebergabe auf den Käufer übergehe, der in der Aufſchrift genannten Stellen, welche dadurch eine gewiſſe Berühmtheit erlangt haben. Zwar kam der große Rechtslehrer ſpäter von ſeinem Irrtum zurück[2]) und die Streitfrage iſt längſt als abgetan zu betrachten; gleichwol ziehen aber dieſe Stellen noch immer die Aufmerkſamkeit der Exegeten auf ſich. In der Tat ſind ſie auffallend genug, um eine erklärende Bemerkung zu verdienen.

A) L. 12. und l. 14. pr. D. cit. bildeten offenbar bei Paulus eine zuſammenhangende Stelle. Sie lauten:

„Lectos emtos Aedilis, quum in via publica positi essent, concidit; si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet; quodsi neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit.“

---

[1]) Vgl. hier §. 11, N. 6 und 7.

[2]) S. Cuiacius (Neapol. Ausg. von 1722): I., col. 213; II., col. 379.

Das Hinausstellen auf die Gasse kann, muß aber nicht, eine polizeiwidrige Handlung gewesen sein (l. un. §. 4. de via publ. XLIII, 10). War die Passage nicht behindert, dann tat der Aedil Unrecht. Auf diesen Fall geht die Bemerkung des Julianus (l. 13. cit.): „eumque (sc. emtorem) cum Aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae (wenn schon tradirt war), aut certe cum venditore ex emto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum Aedile habuisset, ei praestaret" (wenn noch nicht tradirt war). Die Compilatoren haben diesen Satz mitten in die Stelle des Paulus eingeschoben; und liest man nun l. 12. und l. 13. im Zusammenhange, so müßte man bei wortgetreuer Interpretation behaupten: es sei die Meinung der Compilatoren, die Entscheidung in l. 12. gelte, mag nun die Handlung eine polizeiwidrige gewesen sein oder nicht, mag der Aedil im Recht oder im Unrecht gewesen sein (arg.: „eumque . . ., si"). Allein: war die Handlung eine polizeiwidrige oder auch nur wegen Vernachlässigung der schuldigen Sorgfalt eine culpose, dann müßte der Verkäufer doch auch im Falle vorausgegangener Tradition für den Schaden aufkommen; es wäre also l. 12. unbegreiflich. War dagegen die Handlung keine culpose, dann ist nicht zu verstehen, warum l. 14. den Schaden vor der Tradition unbedingt dem Verkäufer zuschiebt. Warum legt Paulus alles Gewicht auf den Zeitpunkt der Tradition, während das dem römischen Satze über periculum widerspricht? — Reatz meint: dieser Widerspruch sei in der Tat nur auf historischem Wege zu lösen (s. unten); Ihering[3]) (Jahrb. f. Dogm., IV., S. 415 ff.) versteht unter lecti emti „bestellte Betten", supponirt also einen Gemiskauf, was doch eine sehr gewagte Annahme ist. — Treitschke (Kaufcontract, 2. Aufl., S. 308) nimmt an, das Hinausstellen sei ein polizeiwidriges gewesen; seine Bemerkungen sind offenbar verfehlt. — Mommsen (Beiträge, I., S. 33[3]) sagt: „Das Hinausstellen . . . läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn der Käufer trotz der Tradition die gekaufte Sache nicht abgeholt hat, oder wenn ihm eine mora accipiendi zur Last fiel. Die Entscheidung, daß der Verkäufer nur in diesem Falle von der Verpflichtung zur Entschädigung befreit ist,

[3]) Beistimmend Bekker, Jahrb. f. gem. d. R., V., S. 381.

während er, wenn noch nicht tradirt und auch eine Mora des Käufers nicht eingetreten war, Entschädigung zu leisten hat, erklärt sich also sehr einfach daraus, daß das Hinausstellen der verkauften Sachen auf den Weg in den ersten Fällen als eine berechtigte, in dem letzteren dagegen als eine dem Verkäufer zuzurechnende Handlung erscheint!" Dabei denkt sich Mommsen offenbar das Herausstellen als eine der Dereliction vergleichbare Handlung, durch welche die Sache völlig ihrem Schicksal preisgegeben wird; dann aber müßten noch andere Voraussetzungen (Raummangel) eintreten, damit die Handlung als eine „berechtigte" erscheine.[4]) Auch denkt er nur an Fälle, wo den Käufer der Vorwurf der Saumseligkeit trifft, sei es, daß er in mora accipiendi ist oder es unterläßt, die bereits tradirten Sachen rechtzeitig abzuholen.

Daß Paulus als Scheidegrenze die Tradition (oder die gleichgestellte mora accipiendi) angibt, ist dann kein Widerspruch mit §. 3. J. III, 23, wenn man das Hinausstellen als ein nicht-polizeiwidriges sich denkt und fragt: ‚haftet der Verkäufer für den Schaden, den in Folge des Hinausstellens die Betten erleiden?' Dabei darf man aber das Hinausstellen sich nicht als ein Preisgeben der Sache vorstellen, sondern als eine zeitweilige Vorkehrung.[5]) Die Antwort ist dann: vor der Tradition haftet er natürlich dafür, da er ja sorgfältig custodiren soll (l. 3. D. XVIII, 6 [Paul.]: „ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet"), und man es gewiß nicht eine sorgfältige custodia nennen kann, wenn er die Betten auf die Straße stellt![6]) Nach eingetretener mora accipiendi aber haftet er nur für lata culpa; und ebenso in allen Fällen, wo der Käufer die tradirten Sachen bei ihm liegen läßt; da haftet der Verkäufer, mag auch der Käufer gar nicht säumig sein, nur als Depositar, dessen geringere Haftung der strengeren des Ver-

---

[4]) Vgl. Ihering, a. a. O., S. 416; Reatz, Ztschft. f. Civilr. u. Pzß., N. F., XV., S. 379.

[5]) Kann man doch auch bei uns täglich Möbel in den Straßen vor den Möbelhandlungen stehen sehen.

[6]) Vgl. auch Etzdorf in der oben citirten Dissertation (p. 13) und Hofens, S. 26.

käufers in den Quellen ausdrücklich entgegengesetzt wird (l. 5. §. 2. D. XIII, 6; l. 23. D. L, 17). Dieselbe Handlung, welche bei dem custodiapflichtigen Verkäufer als sträflicher Leichtsinn erscheint, erscheint beim Depositar als verzeihlich. Und für diese Frage: ob das Stellen der Betten auf die Straße eine sträfliche oder verzeihliche Unvorsichtigkeit sei, ist allerdings der Zeitpunkt der Tradition (bezüglich der mora accipiendi) entscheidend. Man darf also nicht übersehen, daß Paulus nicht vom periculum überhaupt, sondern von den Folgen einer ganz bestimmten Handlung (des Hinausstellens auf die Straße) spricht.

B) Eben so wenig ist in der l. 14. §. 1. cit.[7]) die Tradition als Grenzpunkt für das periculum überhaupt hingestellt, sondern es wird da nur von furto perire gesprochen: also wieder von einer ganz besonderen Art des periculum.

In dieser, wie in den vorigen Stellen untersucht Paulus nicht die Frage: ‚bis zu welchem Moment trägt der Verkäufer die Gefahr?'; sondern vielmehr die Frage: ‚bis zu welchem Moment ist der Verkäufer zu der in l. 3. D. XVIII, 6 charakterisirten Diligenz verpflichtet?'[8]) Und auf die letztere Frage antwortet er: „bis zur Tradition, beziehungsweise eingetretenen mora accipiendi." — Bis zur Tradition ist es Sache des Verkäufers, nach der Tradition Sache des Käufers, das Bauholz bewachen zu lassen.[9]) Man braucht also in die beiden Stellen gar

---

[7]) „Materia emta si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo respondit, si minus, venditoris; videri autem trabes traditas, quas emtor signasset."

[8]) Dies wird auffallend bestätigt durch die vorhergehende l. 11, wo ebenfalls untersucht wird, ob ein Ereigniß als bloßer casus den Käufer treffe, oder als Folge einer Negligenz vom Verkäufer getragen werden müsse. Nun ist l. 11 den Digesten des Alfenus, l. 12 und l. 14 den Auszügen des Paulus aus demselben Werke entnommen! — Hätte man diesen Zusammenhang nicht übersehen, jene Stellen hätten nicht so oft mißdeutet werden können. Auch auf die Exegese der einzelnen Fragmente der Pandekten lassen sich oft genug Ulpian's Worte anwenden: „quae praecedunt vel quae sequuntur .... scripta sunt spectanda."

[9]) Vgl. l. 1. §. 1. J. h. t.: „custodiam ad diem mensurae venditor

nichts hineinzutragen, keine Worte einzuſchieben; ſie erklären ſich ganz einfach, wenn man das „quum in via positi essent“ und das „si furto perisset“ betont und einſieht, daß hier nicht gefragt wird nach dem Anfang des periculum des Käufers, ſondern nach dem Ende der custodia des Verkäufers. Daß dieſer beiden Stellen gemeinſame Gedanke noch immer verkannt wird, iſt um ſo auffallender, als die l. 14. §. 1. von den meiſten neueren [10]) Juriſten richtig interpretirt wird (Löhr; Glück, 17. T., S. 147; Mommſen, a. a. O., S. 333; Fuchs, Arch. f. civ. Pr., XXXIV., S. 397, N. 24), und Vangerow (Pand., III., §. 591, IV) ſchon die richtige Erklärung beider Stellen angedeutet hat. — Ueber den intereſſanten Schlußſatz („videri autem trabes traditas, quas emtor signasset“) (vgl. aber l. 1. §. 2. D. h. t.) ſ. Thöl, H. R., I., §. 74, N. 8; Goldſchmidt, Handbuch, S. 645, §. 68, N. 2 und 3 und die dort Citirten; — Regelsberger (Arch. f. civ. Pr., XLIX., S. 193), welcher annimmt: in unſerem Falle habe der Käufer abholen, in l. 1. §. 2. der Verkäufer überbringen ſollen; — endlich Exner (Rechtserwerb durch Tradition, S. 55, N. 1, S. 96, N. 23, S. 97, N. 27, S. 155 ff.), der die befriedigendſte Erklärung gibt.

C) Auch in der l. 33. D. XIX, 2 iſt nicht vom periculum überhaupt, ſondern von der Gefahr der Confiscation die Rede. [11]) — Africanus referirt die Entſcheidung eines anderen Juriſten [wahrſcheinlich des Caſſius oder des Julianus [12])]; daher die oratio

---

praestare debet“; l. 5. D. h. t.; l. 14. pr. D. XLVII, 2: „periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.“

[10]) Die bei älteren Juriſten häufig wiederkehrende Behauptung, es ſei hier von einem Genuskauf die Rede, wird noch von Ihering vertheidigt (a. a. O., S. 393 ff.).

[11]) Vgl. auch Treitſchke, S. 309; Mommſen, a. a. O., S. 334.

[12]) Für die letztere Vermutung ſpricht der Umſtand, daß Africanus ein Anhänger des Julianus war und Anfragen von ihm an Julianus erwähnt werden (Puchta, Inſt., I., §. 99, und daß die vorhergehende l. 32 von Julianus iſt, S. 397, 398 in der 6. Aufl.); für die letztere Annahme (daß auch Africanus eine Entſcheidung des Caſſius referirt) ſpricht insbeſondere der unmittelbare Anſchluß der mit einer oratio obliqua beginnenden l. 33 an die l. 32.

obliqua im ersten, daher das „inquit“ im zweiten Satze. Jener Jurist entschied: wenn ein vermietetes Grundstück confiscirt wird, so haftet der Verpächter dem Pächter, ut frui liceat. Africanus berichtigt dies dahin, daß bloß der Zins für die Zeit, wo der Pächter fundo fruitus non fuerit, zurückerstattet werden müsse. Er begründet dies so: ‚Hinderst du selbst deinen Pächter an dem fundo frui, oder hindert ihn ein Anderer, denn du dies verwehren kannst, dann hastest du für das ganze Interesse. Ist aber der Störende Jemand, den zu hindern über deine Macht geht, so ist die Handlung eine vis maior, sie erscheint wie ein Naturereigniß, dem man nicht widerstehen kann; es ist ein casus, der den Pächter am „frui“ hindert, und dich des ferneren Zinses beraubt. Aber für das Interesse brauchst du hier natürlich nicht aufzukommen.‘ — Daß Africanus allen Nachdruck darauf legt, die Handlung des Dritten erscheine hier wie ein Naturereigniß, für dessen Folgen Niemand hafte, geht auch aus der offenbar noch hierhergehörigen l. 35. pr. h. t. hervor: „Quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere, aut locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit?“

In unserer ganzen Stelle wird ex professo von locatio conductio gesprochen, nur nebenbei der Kauf erwähnt. Jener andere Jurist nämlich fährt in seiner Entscheidung fort: „würdest du mir ja doch im Falle der Confiscation selbst als Verkäufer verhaftet sein,“ wozu Africanus bemerkt: „Ja; aber nur zur Rückgabe des Kaufpreises.“ Die Confiscation darf hier nicht als eine vom Verkäufer herbeigeführte gerechte Strafe angesehen werden,[13]) vielmehr als ein Gewaltact (z. B. politischer Rache), der eben gegen den Eigentümer, nicht gegen den Käufer gerichtet war. Diese Auffassung wird bestätigt durch das Einschiebsel aus Gaius (l. 34. h. t.): „perinde ac latronum incursu id acciderit.“[14]) Darum haftet der Verkäufer

[13]) Wäre sie das, so wäre ja die Unmöglichkeit der Erfüllung eine vom Verkäufer verschuldete und er müßte für das ganze Interesse aufkommen.

[14]) Diese Stelle bestätigt zugleich das oben Gesagte, daß hier eine menschliche Handlung einem unwiderstehlichen Naturereigniß gleichgestellt wird, für dessen Folgen Niemand haftet (vgl. l. 31. pr. D. XIX, 1: „custodia adversus vim parum proficit“).

nicht für das Intereſſe. Daß er aber den Preis zurückgeben müſſe, erklärt ſich ſo: derjenige, der die Macht („potentiam“) hat, das Grundſtück zu confiſciren, wird es auch nicht zugeben, daß der Eigentümer die Folgen einer gegen ihn gerichteten Handlung einem Anderen aufbürde. Das Eigentümliche unſeres Falles, wodurch er ſich von anderen Fällen des casus unterſcheidet, beſteht darin, daß das Ereigniß nicht objectiv die Sache ohne alle Rückſicht auf den Eigentümer trifft (wie z. B. ein Blitzſtrahl), ſondern der Gewaltact des Confiſcirenden die Perſon des Eigentümers (Verkäufers) treffen will.

Die ganze l. 33. iſt alſo, ſoweit ſie von locatio conductio ſpricht, völlig plan; wo ſie von emtio venditio redet, berichtet ſie eine Singularität, deren Grund eben angegeben worden iſt. Man braucht alſo weder mit der von Glück (S. 142) anempfohlenen Beſcheidenheit unſere Stelle als unerklärbar aufzugeben, noch, wie vielfach geſchieht,[15]) zu ihrer Erklärung die Unterſtellung zu Hülfe zu nehmen: daß der Grund der Confiscation ſchon zur Zeit der Entſtehung der Obligation vorhanden war.[16])

Aus dem bisher Geſagten ergibt ſich, daß die in der Ueberſchrift dieſer Beilage genannten Stellen keineswegs dem bekannten Satze über periculum beim Kaufe (§. 3. J. III, 23) widerſprechen. Nur Reatz (a. a. O., S. 383) behauptet: jene Stellen enthalten allerdings den Rechtsſatz: „bis zur Tradition trägt der Verkäufer die Gefahr der verkauften Sache.“ Dieſer Satz habe zur Zeit der Republik gegolten[17]) und ſei noch im zweiten Jahrhundert nach Chr. von Africanus verteidigt worden, als der „moderne“ Rechtsſatz be-

---

[15]) S. Bangerow, III., §. 691, IV.; Mommſen, a. a. O.; Etzdorf, p. 13; dieſelbe Auslegung findet ſich ſchon bei Sam. v. Cocceji; darüber und über die verkünſtelte Auslegung von Joh. Voet ſ. Glück, a. a. O., S. 139 ff.

[16]) Eine neue, aber kaum befriedigende Erklärung der l. 33 gibt Hoſens in ſeiner Inaug.-Diſſ. (1865), S. 24 ff. Er verſteht ſie von einer Expropriation gegen Entſchädigung.

[17]) Alfenus lebte zur Zeit des Unterganges der Republik und unter Auguſtus (ſ. Puchta, a. a. O., S. 381, 382).

reits zum Durchbruch gekommen war. Paulus referire bloß die Ansicht des Alfenus, ohne sie zu teilen; Africanus sei ein „Vertreter der älteren römischen Anschauung"; habe sich aber später (l. 39. D. de solut. XLVI, 3) zu der neueren Ansicht bekehrt.

Wenn diese Behauptungen ja einer Widerlegung bedürften, so wäre die zureichendste: alles, was in dieser Monographie zur Charakterisirung des römischen Satzes beigebracht und insbesondere das, was in der Beilage II. ausgeführt ist. —

Der Satz des germanischen Rechtes, den zur Geltung zu bringen, die Tendenz der modernen Gesetzgebung ist, soll auch bei den Römern gegolten haben und zwar nicht nach, sondern vor dem singulären, de lege ferenda von Reatz selbst bekämpften,[18]) dem „ius aequum" widersprechenden Rechtssatze![19])

Uebrigens ist der Versuch, die Stellen auf historischem Wege zu erklären, nicht neu. Aehnliches findet sich schon bei älteren Juristen (Alef, Wernsdorf u. A.). Natürlich mußten auch da die Schulstreitigkeiten der Sabinianer und Proculianer aushelfen! —

---

[18]) S. a. a. O., S. 363 ff.

[19]) Es steht außer allem Zweifel, daß bei den Römern stets nur der Satz der l. 3. J. III, 23 gegolten hat. Wollte man aber, einem Spiel der Phantasie nachhängend, beide Sätze als nacheinander geltend annehmen, so müßte man die Reihenfolge gerade umkehren. Die Behauptung von Reatz ist schon an sich so unmöglich, als Endemann's Bemerkung (Handelsr., S. 533, N. 28) über den deutschrechtlichen Satz verkehrt ist. —

Beilage II.

Ueber den griechiſchen Urſprung zweier römiſcher den Kauf betreffender Rechtsſätze.

(Separatabdruck aus des Verfaſſers Schrift: „Beiträge zur Kenntniß des griechiſchen Rechtes.“)

I. Das römiſche Recht enthält zwei den Kaufvertrag betreffende Sätze, die dem germaniſchen Rechtsleben völlig fremd ſind, ja unſerem Rechtsgefühl ſo direct widerſprechen, daß ſie trotz Jahrhunderte langer Geltung faſt überall gefallen ſind, wo durch moderne Geſetzgebungen dem ſog. gemeinen Rechte die unmittelbare Geltung entzogen wurde. Es ſind die folgenden:

1) Obwol ſchon zur emtio perfecta die Tradition hinzugekommen iſt, ſoll das Eigentum doch noch nicht auf den Käufer übergehen, ſo lange das Kaufgeld nicht ganz entrichtet iſt.

2) Obwol noch nicht tradirt wurde, ſoll die Gefahr doch ſchon auf den Käufer übergehen.

Dieſe beiden Sätze widerſprechen aber nicht nur dem germaniſchen Rechtsgefühl, — wie eben die Tendenz der modernen Geſetzgebungen, ſie zu beſeitigen, beweiſt [1]) —, ſie ſind auch beide dem

[1]) Wegen des erſten Satzes ſ. Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 370, N. 65; wegen des zweiten ſ. mein Periculum beim Kaufe, passim.

römischen Rechtssystem gleichsam nur äußerlich eingefügt; sie sind nicht Consequenzen allgemeiner Grundsätze, sie stellen sich vielmehr als den Prinzipien des Rechtes widersprechende Singularitäten, als Ueberreste uralter Rechtszustände dar, von denen man sagen kann: „non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.“ [2]) — Die Singularität des ersten Satzes wird nun schon von vielen Juristen zugestanden und wurde von dem neuesten Schriftsteller hierüber [3]) überzeugend dargetan. Die Singularität des zweiten Satzes zu beweisen, hat der Schreiber dieser Zeilen an einem anderen Orte versucht. [4]) —

II. Was nun den ersten Satz betrifft, so ist es völlig unzweifelhaft, daß wir in ihm einen Ueberrest der zwölf Tafeln zu erkennen haben. Zwar ist auch dies — trotz dem ausdrücklichen Zeugniß der Justinianischen Institutionen (§. 41. cit.: „... cavetur ... lege duodecim tabularum ...“) — schon bezweifelt worden. Die erwähnte Stelle, behauptete Ever. Otto [5]) sei nur von einem durch interpretatio gebildeten Rechtssatz zu verstehen; und dieser sei bloß eine Anwendung des allgemeinen Prinzips, daß jede Veräußerung unter Anwendung der Mancipationsform vollzogen werden mußte. Mit Recht aber hat die Mehrzahl der Gelehrten dieser willkührlichen Behauptung keinen Glauben geschenkt. Dirksen [6]) insbesondere erklärte sich entschieden gegen eine so gekünstelte Deutung. „Man kann“, sagt er, „immerhin zugeben, daß der Bericht der Institutionen auch manches

---

[2]) L. 20. D. de legibus I, 3 (Julianus).

[3]) A. Exner, Rechtserwerb durch Tradition. Die Beilage II., S. 338—370 („Ueber das Rechtsverhältniß des Käufers zur pretio non soluto tradirten Sache nach dem in §. 41. Inst. de rer. div. erwähnten Zwölftafelgesetz“) enthält zugleich eine treffliche Entwickelung der späteren Geschichte dieses Satzes. — S. insbes. S. 343: „... als eine ... Singularität ist mir der Satz immer erschienen, daß der Käufer das Eigentum der Waare — trotz der Tradition — nicht erwerben soll, wenn nicht der Kaufpreis bezahlt ist.“

[4]) Hofmann, Periculum beim Kaufe (1870), §§. 3—14.

[5]) Vgl. Dissertatio de legibus XII tabularum (in der Vorrede zum III. Bd. des Thesaurus), p. 21; und im Institutionen-Commentar zu lib. II, tit. 1, §. 41.

[6]) Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente, S. 500.

der Interpretation des Zwölf-Tafel-Gesetzes Angehörige in sich aufgenommen haben mag, z. B. die Gleichstellung der satisfactio mit der baaren Leistung und die Wahl des Ausdrucks „traditae“ ...; allein das Prinzip selbst ist unfehlbar als von den Decemvirn ausgegangen zu betrachten.“ — Und an dieser Ansicht haben auch die späteren Schriftsteller festgehalten, wie verschieden auch ihre Ansichten darüber sind, ob in der Zwölf-Tafel-Stelle [7]) nur von Baarzahlung die Rede war, [8]) oder ob auch schon die eine oder andere Art materieller Sicherheitsleistung der Baarzahlung gleichgestellt war. [9]) —

Daß nun unser Satz in die zwölf Tafeln aufgenommen war, die gewiß nicht ausführlich sein konnten, da sie neben dem Privatrecht noch so vieles andere enthielten, [10]) und schon im Altertume von ihnen gerühmt wurde, sie seien „eleganti brevitate scriptae“, [11]) — das könnte schon allein hinreichen zur Widerlegung derjenigen, welche diesen Satz als eine Consequenz allgemeiner Grundsätze hinstellen wollen. [12]) Ja! wenn man unbefangen die Stelle liest, so wird man die Anerkennung der singulären Natur dieser Bestimmung schon in den hier hervorgehobenen Worten finden: „Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero res et (= selbst wenn auch schon) traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit ....“

Wie aber kam denn dieser singuläre Satz ins römische Recht? — Antwort: durch griechischen Einfluß.

In dem Sammelwerke des Joannes Stobäus ist uns manche

---

[7]) Deren Wortlaut herzustellen recht müßige Versuche gemacht worden sind. Vgl. Puchta, Institut., I., §. 55, Note g).

[8]) So Dirksen, a. a. O.; und viel entschiedener Exner, a. a. O., S. 348—354.

[9]) So Leist, Manzipation und Tradition, S. 88 ff.

[10]) Vgl. Dirksen, S. 100—112.

[11]) S. Gellius, N. A., XX. c. 1 am Anfang.

[12]) Vgl. auch Exner, S. 352: „... wir halten ... den Satz, daß Verkaufstradition ohne Zahlung kein Eigentum überträgt, an sich für singulär und auffallend genug, um dessen Aufnahme in die XII Tafeln gerechtfertigt zu finden ...“

köstliche Reliquie der griechischen Literatur gerettet worden. Diese Bezeichnung verdient in hohem Maße ein dort im 44. Titel („περὶ νόμων καὶ ἐθῶν") mitgeteiltes Bruchstück einer juristischen Schrift des vielseitigen Theophrastus. In dem folgenden Aufsatze wird über dasselbe ausführlich Bericht erstattet; hier soll nur eine einschlägige, bisher fast völlig übersehene Stelle [13]) angeführt werden. Theophrastus erzählt nämlich: Kaufverträge seien in Griechenland nicht durch formlose Uebereinkunft der Parteien geschlossen worden. Vielmehr hätten die verschiedenen griechischen Rechte allerlei Förmlichkeiten vorgeschrieben, die zum Teile — insbesonders wol bei Veräußerung von Immobilien und wertvollen Gegenständen — recht umständlich waren. Sie hatten teils den Zweck die Contrahenten selbst zu schützen, teils waren sie zum Schutze der Interessen Dritter und der Sicherheit des Rechtsverkehrs eingeführt. Bald sei dieses, bald jenes zur Perfection des Kaufvertrages erfordert worden; fast allgemein aber habe der Satz gegolten, daß eine Eigentumsübertragung nicht vor Entrichtung des Kaufgeldes erfolge. Die Stelle lautet:

„Κυρία δὲ ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτῆσιν, ὅτ' ἂν ἡ τιμὴ δοθῇ, καὶ τὰ ἐκ τῶν νόμων ποιήσωσιν, οἷον ἀναγραφὴν, ἢ

---

[13]) Ueber das auffallende Stillschweigen selbst derjenigen Schriftsteller, die sich auf jenes Fragment beziehen, s. den folgenden Aufsatz. K. Fdch. Hermann hat die Stelle gekannt, aber die Art, wie er sie mit 2 Zeilen reproducirt, beweist, daß er ihre Wichtigkeit für die Rechtsgeschichte nicht erkannt hat. Mehrere Monate, nachdem ich jene Stelle zuerst wissenschaftlich entdeckt zu haben glaubte, fand ich, daß schon der alte niederländische Rechtsgelehrte Paul Merula (de legib. Roman., p. 163) den §. 41. Inst. II, 1 mit der Stelle aus Theophrast zusammengebracht hatte. Unbegreiflich ist es, wie dies so völlig den späteren Schriftstellern entgehen konnte. — In Verfolgung handelsrechtlicher Studien stieß ich in Joh. Marquard's Tractatus de iure mercatorum et commerciorum (Frkft. 1662) auf eine Stelle (p. 283), die mich veranlaßte, den dort berufenen Grotius (de iure belli et pacis, lib. II, cap. 12, §. 15) nachzuschlagen, wo in sehr vager Art auf Stobäus hingewiesen ist. Nach Auffindung und wiederholter Durchlesung der Stelle aus Theophrastus begriff ich 1) wie wichtig dieselbe ist und 2) wie Grotius, dem Marquard in gutem Glauben nachschrieb, sie völlig mißverstanden hat. — Der Leser verzeihe diese persönliche Notiz, mit welcher dem Verdachte vorgebeugt werden soll, als ob ich, unehrenhaft, mich mit fremden Federn schmückte.

ὅρκον,[14]) ἢ τοῖς γείτοσι τὸ γιγνόμενον· εἰς δὲ τὴν παράδοσιν, καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν, ὅτ' ἂν ἀρραβῶνα λάβῃ· σχεδὸν γὰρ οὕτως οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν." —

Ein doppelter Gegensatz ist es, den Theophrast hervorheben will: den Gegensatz des Veräußerns und des Erwerbens einerseits, und den Gegensatz der obligatorischen und der dinglichen Wirkung andererseits.

Sobald nur die arrha hingegeben und angenommen war, sei die emtio venditio in dem Sinne perfecta, valida (κυρία) gewesen, daß der Käufer fortan ein Recht erworben hatte, die Tradition (τὴν παράδοσιν) zu verlangen. Der Verkäufer darf die Sache fortan nicht mehr als die seinige, er muß sie als eine veräußerte betrachten und behandeln. In diesem Sinne genüge also schon der bloße Vertrag zur Veräußerung (εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν). Keineswegs aber genüge er zur Erwerbung (εἰς μὲν κτῆσιν). Der Käufer hat erst dann die Sache wirklich erworben, wenn sie sein eigen geworden ist. Zur Eigentumsübertragung aber genügt eben nicht der Vertrag. Dazu müssen noch andere formale Handlungen mitwirken: bald Eintragung in öffentliche Acten, bald Handlungen von sacralem Charakter, bald Zuziehung von Nachbarn als Zeugen. Und selbst die Beobachtung dieser Vorschriften genüge noch nicht. Der Eigentumserwerb (κτῆσις) sei nicht früher für vollzogen zu halten, als bis der Kaufpreis entrichtet worden ist. — Wenn man bedenkt: 1) daß der in §. 41. Inst. de rer. div. enthaltene Satz singulärer Natur ist; 2) daß dieselbe Bestimmung unzweifelhaft schon in den Zwölf Tafeln stand; 3) daß unläugbar bei der Abfassung der Zwölf Tafeln griechisches Recht Berücksichtigung fand; 4) daß der hier mitgeteilte Satz mit aller Klarheit die nämliche Bestimmung ausspricht; 5) endlich daß uns derselbe von dem glaubwürdigsten Gewährsmann berichtet wird — so wird man sich der Ueberzeugung nicht verschließen können: zwischen den beiden Rechtssätzen bestehe ein geschichtlicher Zusammenhang, der römische sei dem griechischen nachgebildet. Und damit verschwindet auch die letzte Spur eines Zweifels an der Aechtheit jenes Zwölf-Tafel-Fragmentes. Auch die Worte: „tamen recte dicitur et iure

[14]) So liest mit Recht Gesner anstatt οἶκον.

gentium id effici" erscheinen nun nicht mehr als eine so müßige Phrase, wie noch Exner [15]) meint. Seine Bemerkung ist nur soweit richtig, als sie auf das Einschiebsel: „id est iure naturali" geht; denn diese Worte enthalten allerdings nur Compilatorenweisheit, und Leist, [16]) so wie neuerdings Nissen [17]) mußten freilich, diesem Irrlicht folgend, auf falsche Wege geraten. Aber das „iure gentium" hatten die Compilatoren nicht aus der Luft gegriffen; von Anderen hatten sie es überkommen („recte dicitur et iure gentium id effici") und diese Anderen hatten einiges Recht dazu. Sagt doch auch Theophrast, der eine große Kenntniß der griechischen Rechte (und zwar nicht bloß deren im Mutterlande, sondern auch der in den Colonien geltenden) gehabt zu haben scheint, jener Satz sei in den meisten (οἱ πολλοί) griechischen Rechten enthalten. Wenn nun die Römer von übereinstimmendem ius gentium sprechen, so haben sie dabei gewiß sich nicht

---

[15]) A. a. O., S. 344, N. 13.

[16]) Leist, Manzipation und Tradition.

[17]) Ad. Nissen, die kaufrechtliche Tradition (Lpz. 1869) (insbes. S. 5). Nissen hat sich zu sehr auf „diesen Fingerzeig" verlassen. Uebrigens ist er zu seiner (auf S. 19 formulirten) völlig grundlosen Ansicht über die Natur der Tradition beim Kauf wol weniger durch jenen verleitet worden, als durch l. 13. §. 21. D. XIX, 1 (Ulp.). Diese Stelle aber erklärt sich einfach durch den vorhergehenden §. Ulpian sagt: der Käufer ist verpflichtet, vom nichtentrichteten Preis Zinsen zu zahlen und zwar vom Tage der Uebergabe an; „nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere" (§. 20). Und diese Pflicht sei selbst dann schon vorhanden „etsi precaria sit possessio"; denn auch in solchem Falle habe der Käufer „facultatem fructus percipiendi". In Beziehung also auf die Pflicht zur Verzinsung des Kaufpreises — und nur in dieser Beziehung — gilt auch in jenem Falle schon die res als tradita. Daß aber Ulpian dies ausdrücklich hervorhebt und die Art, wie er es motivirt, spricht gegen Nissen's Behauptung. Zur Widerlegung genügt es, auf l. 3. §. 19. D. de acquir. v. amitt. poss. (XLI, 2) (Paul.), auf l. 74. D. XVIII, 1 (Papin.), endlich auf l. 3. pr. D. XIX, 1 (Pomp.) und l. 11. §. 13. D. eod. (Ulp., bez. Julian.) hinzuweisen. — Die l. 20. D. de prec. (XLIII, 26) (Ulp.) erklärt sich daraus, daß der Verkäufer vor der vollständigen Entrichtung des Preises nicht zur Tradition verhalten werden kann (l. 13. §. 8. D. XIX, 1; l. 22. D. XVIII, 4), der Käufer es also schon als eine Gefälligkeit ansehen muß, wenn ihm Verkäufer bis dahin auch nur die precaria possessio überläßt. — Gegen Nissen s. auch Exner in der krit. Vtljschft., XI. Bd., S. 309 ff.

einer mühsamen Vergleichung barbarischer Rechte unterzogen, sondern eine Uebereinstimmung in den Rechten vieler italischer und griechischer Städte begründete für sie schon jenes „ius gentium". — Endlich kann unserer griechischen Stelle ein Argument entnommen werden für die Behauptung — die namentlich Exner nachdrücklich gegen Leist verteidigt —: daß in den Zwölf Tafeln nur von Baarzahlung und von keinen Surrogaten derselben die Rede war. Denn auch Theophrast spricht nur von baarer Zahlung; und daß er ein genauer Referent ist, wird im dritten Aufsatze gezeigt werden.

III. Was den zweiten römischen Satz betrifft, der in §. 3. Inst. III, 23 enthalten ist, so ist seine Singularität von den älteren Schriftstellern fast ebenso allgemein behauptet worden, wie sie von den neueren geläugnet wird. Eine große Anzahl von Erklärungsversuchen sind in den letzten vierzig Jahren rasch hinter einander aufgetaucht, welche alle von dem unausgesprochenen Glauben an das im Corpus iuris geoffenbarte „absolute Recht" ausgehen und das ausgesprochene Ziel verfolgen, aufzuzeigen, wie jener Satz sich aus der Natur der Sache, aus allgemeinen Rechtswahrheiten, oder doch aus dem römischen System ganz von selbst ergebe; ja wiederholt ist es gesagt worden: so selbstverständlich und notwendig sei jener Satz, daß das Verhältniß gar nicht anders geordnet gedacht werden könne. Und doch war es ursprünglich in den Rechten der germanischen und skandinavischen Völker ganz anders geordnet! Die Rechtsüberzeugung der Laien, die Erfahrungen des Verkehres, der Takt der überwiegenden Mehrzahl der Gesetzgeber widersprechen jenen theoretischen Meinungen. Und diese in ihrer schwer übersehbaren Buntheit, widersprechen sie einander nicht selbst? Klingt es nicht befremdend, wenn man einen Satz als völlig selbstverständlich erklären hört, an dessen Existenz die größten Juristen vergangener Jahrhunderte Aergerniß nahmen, der bei ganzen Völkerstämmen durchaus nicht Eingang sich verschaffen konnte? Und kann man einen Satz wirklich für so einfach, einleuchtend und notwendig halten, wenn ihn zu erklären so viel Gelehrsamkeit aufgeboten werden mußte, und wenn überdies keiner der Erklärer allgemeinen Glauben fand, so daß bald darauf wieder ein anderer mit einer besseren Erklärung hervorzutreten sich gedrängt fühlte?! — Doch es ist hier

nicht der Ort, diese Dinge nochmal zu besprechen.[18]) Nur Eines sei noch erwähnt: Wenn auch der Satz von dem sofortigen Uebergang der Gefahr auf den Käufer dem römischen Rechtsgefühl nicht widersprach (wie hätte er sich sonst erhalten können!), so haben ihn doch die römischen Juristen nicht für einen aus allgemeinen Prinzipien fließenden ausgegeben. Warum hätten sie ihn sonst in so eindringlicher Art eingeschärft? Man vergleiche nur den Wortlaut des §. 3. Inst. III, 23: „.... periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit.“ Als wäre dies noch nicht ausdrücklich und klar genug, heißt es wenige Zeilen weiter: „emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.“ Doch hier könnte man sich auf den Lehrzweck der Institutionen berufen. Dieser ist aber nicht maßgebend bei der Abfassung der in l. 39. D. de solut. (XLVI, 3) enthaltenen Stelle aus des Africanus Quästionen: „... ut, etiamsi et emtor numos, et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et numi emtoris periculo sint; ..... et nihilominus merx quoque, quia emtio perfecta sit.“

Aber nicht bloß dieses hat unser Satz mit dem vorher besprochenen gemein, daß beide singulärer Natur sind, daß beide ein altertümliches Gepräge tragen und in der späteren Rechtsformation da liegen, wie zwei erratische Blöcke; beide haben auch sonst Aehnlichkeit. Und zwar eine doppelte: eine innerliche und eine äußerliche. Die innerliche Aehnlichkeit besteht in der gemeinsamen Tendenz, den Verkäufer zu begünstigen. Die beiden Sätze verhalten sich zu einander wie positive Hinausrückung des Eigentumsüberganges und positive Vorrückung des Gefahrsüberganges. Daß in beiden Sätzen eine gewisse Härte gegen den Geldschuldner (Käufer) liegt, paßt recht gut zum Geiste der Decemviral-Gesetzgebung. Die äußerliche Aehnlichkeit tritt in der Form der beiden Rechtssätze so überraschend hervor (s. oben), daß man sie unschwer als Gegenstücke

[18]) Jene Erklärungsversuche sind mitgeteilt, verglichen und prüfend beleuchtet in meiner Monographie über das Periculum beim Kaufe (Wien 1870). Dort ist auch die Singularität des römischen Satzes nachgewiesen worden.

erkennen kann. In der Tat sehen sie einander ähnlich wie Zwillingsgeschwister! Und daß diese Aehnlichkeit bisher übersehen wurde, erklärt sich wol zumeist aus dem zufälligen Umstand, daß der eine Satz im ersten Titel des zweiten Buches, der andere im 23. Titel des dritten Buches der Institutionen steht. Es erscheint nach dem bisher Gesagten in hohem Grade wahrscheinlich, daß die beiden Sätze zusammengehören, daß sie neben einander in den Zwölf Tafeln standen. Demnach hätten wir in jenem Satze des §. 3. Inst. III, 23 ein bisher übersehenes Zwölf-Tafel-Fragment zu erkennen.

Es sollen nun verschiedene Bedenken und Einwendungen durchgegangen werden, die gegen diese Behauptung erhoben werden könnten:

A) Zuerst könnte man einwenden: „Unmöglich kann der Satz: — ‚Nach Perfection des Kaufcontractes geht die Gefahr sofort auf den Käufer über' — in den Zwölf Tafeln gestanden haben; da ja der Kaufvertrag damals noch gar nicht klagbar war!" — Diese Behauptung ist aber völlig grundlos. Bekker[19]) freilich behauptet, daß noch zu Plautus Zeiten' „emptionem venditionem neque bonae fidei actionem, neque omnino actionem peperisse" (p. 5). Aber einen Beweis hiefür zu erbringen, ist ihm nicht entfernt gelungen. Er selbst bemerkt: „plerumque esse aliquid quam non esse facilius probari" (p. 5). Vollends aber aus einem Lustspieldichter einen solchen schwierigen Beweis führen zu wollen; eine negative rechtsgeschichtliche Behauptung darauf zu stützen, daß in einem Komiker sich keine zur gegenteiligen Annahme zwingenden Stellen finden, — das scheint denn doch ein gar zu bedenkliches Unternehmen! In der Tat sind die von Bekker beigebrachten Plautinischen Stellen nicht einmal geeignet, seine Behauptung als eine wahrscheinliche darzustellen.[20])

[19]) De emptione venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur. (Berolini 1853.)

[20]) Wer ohne vorgefaßte Meinung an jene Stellen geht, wird an ihnen nichts auffallendes finden, am wenigsten aber aus ihnen herauslesen: zu Plautus' Zeiten sei der Kaufvertrag noch nicht klagbar gewesen. Um zu begreifen, daß abgefeimte Schurken, wie sie der Dichter im Pseudolus und im Curculio uns vorführt, wo er ihre Frechheit mit derben Zügen zeichnet, sich durch Verträge so

Doch „wie man auch über die ... Frage denken mag", meint Exner,[21]) „so viel wird sich denn doch behaupten lassen: zur Zeit der Entstehung unserer Rechtsregel, also vor der Decemviralgesetzgebung, hatte der Verkäufer weder eine Klage auf Zahlung des Preises, noch, wenn diese ausblieb, auf Rückgabe (condictio) seiner dem Käufer bereits übergebenen Waare."[22]) — Zugegeben, dies wäre der Rechtszustand vor den Zwölf Tafeln gewesen (und Exner gesteht doch selbst: dies sei „freilich ein Rechtszustand, von dem wir uns nur schwer eine klare Vorstellung machen können"!) — so ist doch nicht zu glauben, jene Gesetzgebung habe einen solchen Zustand im übrigen unverändert gelassen und nur den in §. 41. Inst. II, 1 referirten Rechtssatz eingeführt, um „wenigstens den Einen der Contrahenten, den Verkäufer, gegen den Treubruch des Anderen zu schützen". Daß gerade die Klaglosigkeit des Kaufvertrages „die Veranlassung zur Entstehung unserer Rechtsregel gewesen sei", entbehrt aller Wahrscheinlichkeit. Kommt doch dieselbe auch im griechischen Rechte zu einer Zeit vor, wo der Kaufcontract klagbar war. Ja! in Einem Atemzuge spricht Theophrast von dieser Rechtsregel und von der obligatio ad tradendum. Endlich: wollten die Decemvirn den Verkäufer begünstigen, dann erreichten sie offenbar ihren Zweck noch vollständiger, wenn sie zugleich auch die das periculum betreffende Rechtsregel einführten.

---

wenig als durch Eidschwüre geniren lassen, — dazu braucht es doch nicht der Unterstellung, jene Verträge seien nicht klagbar gewesen! Wie viele Verträge werden doch auch heut zu Tage gebrochen, ohne daß es zur Klage kommt! (Man könnte da die Worte aus der Mostellaria anwenden: „nescis tu, quam meticulosa res sit ire ad iudicem?") Insbesondere wenn die Geschäfte von der Art sind, daß sie auch dem anderen Teile nicht sehr zur Ehre gereichen! — Der Leno im Rudens kann natürlich nicht zur Erfüllung des Contractes verhalten werden, weil er ja ein freies Weib verkauft hat. — Die Stelle aus der Mostellaria spricht eher gegen, als für Bekker. — Vgl. auch Demelius (Ztschrft. f. Rechtsgesch., II., S. 177 ff.), welcher gegen Bekker behauptet, zu Plautus' Zeiten haben es schon klagbare Consensualcontracte gegeben, und auch der Kaufvertrag habe dahin gehört. Vgl. auch C. Sell, de except. usu, qui legis action. tempore fuerit; p. 18, n. 1 und Keller, Röm. Civilprozeß (2. Ausg.), §. 17, n. 234.

[21]) Rechtserwerb durch Tradition, S. 345.

[22]) Vgl. hingegen Bekker, l. c, p. 8

Damit die Frage nach dem periculum ante traditionem (mancipationem etc.) aufgeworfen werden könne, dazu gehört allerdings ein Rechtszustand, wo der Kaufvertrag den Verkäufer zur Uebergabe (Uebereignung) der Waare an den Käufer verpflichtet. Wo wie bei der emtio venditio per aes et libram Perfection und Erfüllung zusammenfallen, kann davon keine Rede sein. Hingegen ist es nicht erforderlich, daß der Kaufvertrag als ein formloser klagbar sei. Denn es ist auch ein unter Beobachtung gewisser Formen (Hingabe einer arrha, Zuziehung von Zeugen u. dgl.) abgeschlossener Kaufvertrag denkbar, bei welchem jene Frage Raum findet. Zugegeben endlich die ursprüngliche Unklagbarkeit des Kaufgeschäftes, könnte hierin nicht gerade durch die Zwölf Tafeln eine Aenderung, ein Fortschritt, bewirkt worden sein? —

Nehmen wir an, der Kauf sei ursprünglich durch beiderseitige Sponsion abgeschlossen worden.[23]) Der Eine spondirte die Uebertragung der Sache, der Andere die Zahlung der Kaufsumme. Diese Obligationen waren in ihrem Bestande völlig von einander unabhängig, die Erlöschung der einen durch zufälliges Entfallen des Objectes berührte die andere gar nicht. Jeder der beiden Contrahenten schuldet, was und weil er spondirt hat. Es ist eben nicht Eine, es sind zwei Sponsionen;[24]) die separaten Obligationen haben separate juristische Quellen, wenn auch dieselbe factische Unterlage. So ergibt sich hier bezüglich des periculum ganz von selbst das nämliche Resultat, das beim einheitlichen Kaufcontract durch den Satz des §. 3. Inst. III, 23 herbeigeführt wird. Und hieran wurde natürlich auch nichts geändert, als an die Stelle der Sponsion die Stipulation trat.[25]) — Es scheint nun gar nicht so uneben, wenn wir annehmen, gerade dieser vorausgegangene Rechtszustand, die Gewöhnung an das praktische

---

[23]) Daß man ihn jedenfalls so schließen konnte, kann nicht bezweifelt werden. Ausdrücklich wird diese Möglichkeit hervorgehoben von Bekker (l. c., p. 9) und Exner (a. a. O., S. 315).

[24]) Vgl. Müller, Institutionen, §. 115, N. 8.

[25]) S. die beiden Stellen aus Varro bei Exner, S. 348. — Vgl. Bähr, Anerkennung, §. 6.

Resultat, habe dem Satze über das periculum den Weg gebahnt. Haben die Decemvirn durch die Zwölf Tafeln den Kaufvertrag als einen einheitlichen (gleichviel übrigens, ob formalen oder formlosen) klagbaren Contract eingeführt — und sie brauchten hierin nur dem griechischen Muster zu folgen —, so lag in dem neuen Rechtssatze über das periculum nichts anderes, als die Perpetuirung des alten factischen Zustandes (Erfolges). — Hiemit ist die obige Einwendung erledigt.

B) Der Annahme, unser Rechtssatz sei durch das Zwölf-Tafel-Gesetz eingeführt worden, stellt sich ferner die Behauptung mancher Schriftsteller[26]) entgegen, der fragliche Satz sei „ein Gebilde der Doktrin"; eine Meinung, die Reatz zu der rechtshistorischen Behauptung zuspitzte: er sei ungefähr um die Zeit des Africanus aufgekommen; früher habe die entgegengesetzte Rechtsregel gegolten; noch Africanus habe dieselbe („periculum pertinet ad venditorem") verteidigt. Freilich habe er neben dem alten auch schon den neueren Satz (l. 39. D. de solut.)! — Schon auf den ersten Blick erscheint es ungereimt, einen Satz, der in das wichtigste Geschäft des täglichen Verkehres so tief eingreift, für „ein Gebilde der Doktrin" auszugeben. Und dies tritt noch greller hervor, wenn man sich die singuläre Natur unseres Satzes klar gemacht hat. Was vollends die Behauptung von Reatz betrifft, so ist an einem anderen Orte[27]) dargetan worden, daß dieselbe nicht etwa unwahrscheinlich, sondern unmöglich ist.

C) Sollte man es auffallend finden, daß an keiner der mehreren Stellen, die unseren Rechtssatz enthalten, der Zwölf Tafeln Erwähnung geschieht, so braucht nur dagegen bemerkt zu werden: daß auch der andere Satz uns in den Digesten neunmal[28]) mehr weniger ausdrücklich vorgeführt wird, ohne daß dabei auch nur ein einzigesmal

---

[26]) So K. Fuchs, Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen (im Arch. f. civ. Pr., XXXIV. Bd., insbes. S. 226, 227); Reatz, zur Lehre vom casuellen Untergange oblig. Rechte (in Linde's Ztschft. f. Civilr. u. Pzß., N. F., XV. Bd., S. 351 ff.); Gooße, zur Lehre vom casus (in Jhering's Jahrb., IX., insbes. S. 197).

[27]) S. Hofmann, Ueber das Periculum beim Kaufe. Beilage I.

[28]) Vgl. Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 347, N. 18.

der Zwölf Tafeln gedacht würde. Ein bloßer glücklicher Zufall ist es, daß in der classischen Institutionenstelle (§. 41. Inst. II, 1) der Ursprung des Satzes erwähnt wird. Ein Zufall ist es auch nur, daß bei dem zweiten, in einen anderen Zusammenhang (§. 3. Inst. III, 23) eingefügten Satze keine derartige Notiz sich vorfindet.

Wenn durch Beseitigung dieser möglichen Einwendungen die Annahme, daß wir es auch hier mit einem Zwölf-Tafel-Fragment zu tun haben, noch mehr Wahrscheinlichkeit gewinnt, so liegt die Frage nahe: ‚Wie hielt es das griechische Recht mit dem periculum?' Ob sich irgendwo in den Schriften der Griechen hierauf eine bestimmte Antwort findet, muß als offene Frage Sachkundigeren überlassen werden. Das Theophrastische Fragment sagt hierüber nichts, am wenigsten enthält es irgend etwas, das der Annahme entgegenstünde, es sei im griechischen Rechte[29]) ebenso gewesen, wie im römischen. Joh. Marquard[30]) freilich versichert uns: „... ad traditionem usque res commodo et periculo venditoris esse, contra communes legum textus notavit Theophrastus in loco, qui apud Stobaeum est"; und beruft sich hiefür auf H. Grotius. Dieser nun behauptet:[31]) „sine traditione ipso contractus momento transferri dominium posse"; wäre aber das Gegenteil ausgemacht, „interim res erit commodo et periculo venditoris". Darauf führt er den römischen Satz an und fügt hinzu: „quod nec ubique observatur: imo plerisque legum conditoribus placuisse, ut ad traditionem usque res commodo et periculo venditoris sit...", bezeuge „Theophrastus in loco, qui apud Stobaeum est". Davon steht nun in jener Stelle gar nichts! Wie tief durchdrungen muß Grotius von der germanischen Anschauung gewesen sein, wenn er sie in die Stelle des Griechen hineinlesen konnte! Insoferne ist auch dieses sein Mißverständniß interessant und bemerkenswert genug. —

Weder der römische Satz, noch der entgegengesetzte steht im Theophrast; sein Bericht hindert in keiner Art die Vermutung, auch

---

[29]) Oder genauer: in denjenigen griechischen Rechten, welche den Satz über die Hinausschiebung des Eigentumsüberganges hatten.

[30]) Tractatus de iure mercator. et comm. (Frkft. 1662), p. 283.

[31]) De iure belli et pacis, lib. II., cap. 12, §. 15.

der römische Satz über periculum sei griechischen Ursprungs. Und auf diese Vermutung leitet die Erwägung: daß die beiden Sätze über Eigentums- und-Gefahr-Uebergang singulärer Natur, zwei zusammengehörige Ueberreste eines älteren Rechtszustandes sind, daß beide wol in den Zwölf Tafeln standen, und der eine von ihnen erwiesener Maßen dem griechischen Rechte entnommen ist. Und dieser Annahme ist auch dasjenige, was wir von Theophrast über den Kauf nach griechischem Recht erfahren nicht ungünstig.

1) Vor allem war die wichtigste Voraussetzung für unseren Satz vorhanden: nämlich ein der wirklichen Uebergabe vorausgehendes obligatorisches Verhältniß. Dies lehrt die oben angeführte Stelle, aus der auch hervorzugehen scheint, daß die arrha nicht bloß ein Zeichen des perfecten Kaufvertrages, sondern ein formales Erforderniß seiner Perfection war.[32]) Für beide Behauptungen spricht auch der Umstand, daß nach attischem Recht die Pflicht zur Evictionsleistung auch vor der Bezahlung des Preises vorhanden ist, wenn nur eine arrha hingegeben und angenommen worden war.[33]) Für die Klagbarkeit des Kaufcontractes spricht auch die von Athenäus[34]) für das attische Recht bezeugte Möglichkeit, ex vendito auf die Zahlung des Kaufgeldes zu klagen.[35])

2) Wichtig ist es, den Sinn folgender am Schlusse des Theophrastischen Fragmentes stehenden Stelle auszumitteln:

---

[32]) Ausdrücklich wird als der entscheidende Zeitpunkt, von welchem an der Vertrag verbindlich ist, angegeben: „ὅτ' ἂν ἀρραβῶνα λάβῃ". — Dies schließt nicht aus, daß die arrha zugleich ein Sicherungsmittel gehöriger Erfüllung war; wie diese Verwendung der arrha schon im alten römischen Recht ohne Zweifel sehr gebräuchlich war. In Rom wie in Griechenland wurde die arrha vom emtor gegeben (vgl. Bekker, l. c., p. 8: „.... emptor plerumque pretii partem dabat arrhaboni, quo, ut sese, ita venditorem quoque obligaret"). Verkehrt wäre es, sich die arrha des griechischen Rechtes als Reugeld zu denken. Man konnte da nicht, wie z. B. nach älterem schwedischen Recht, gegen Erlag einer gewissen Summe vom Kaufe zurücktreten; man büßte, im Falle man den Vertrag zu erfüllen sich weigerte, die arrha ein und wurde überdies zur Erfüllung angehalten. Ja! schon die mora war mit solcher „ζημία" bedroht. —

[33]) S. Meier und Schömann, Attischer Prozeß (S. 529).

[34]) XIII., 612.

[35]) Anders nach dem Rechte von Catana.

„*Πότερον δὲ ἕως ἂν νομίσηται κύριον εἶναι τοῦ κτήματος· οὕτω γὰρ οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν· ἢ ὥσπερ Χαρώνδας καὶ Πλάτων· οὗτοι γὰρ παραχρῆμα κελεύουσι διδόναι καὶ λαμβάνειν, ἐὰν δέ τις πιστεύσῃ, μὴ εἶναι δίκην, αὐτὸν γὰρ αἴτιον εἶναι τῆς ἀδικίας.*“

Dieſer Satz ſchließt ſich an einen vorausgehenden ſo an, daß kein Zweifel darüber ſein kann, daß in der erſten Zeile vom Verkäufer die Rede iſt. Um ſo zweifelhafter iſt der Sinn des „*ἕως ἂν νομίσηται*“. Dieſe Worte können an ſich eben ſo gut auf die solutio pretii, als auf die traditio mercis gehen. Für die erſtere Auslegung ſcheint das letzte Wort des vorhergehenden Satzes („*τιμήν*“) zu ſprechen. Doch gibt in dieſem Falle die grammatiſche Auslegung keinen Aufſchluß. Glücklicherweiſe ſteht es ohnehin außer Zweifel, daß die (in der Theorie durch Platon vertretene) Vorſchrift des Charondas ſofortige gegenſeitige Erfüllung verlangte. Ganz ausdrücklich ſagt uns dies Platon im 8. Buche *περὶ νόμων*,[36]) wo ſogar dasſelbe *νομίσηται* auf beide Leiſtungen bezogen wird. Das „*πιστεύειν*“ geht alſo ebenſo auf den Käufer, wie auf den Verkäufer. Und ſo bemerkt denn auch Cuiacius[37]) zu unſerer Stelle: „Sed si fidem habuerit quis alteri (puta venditor emptori vel contra) non esse actionem.“ So haben wir bei dem „*ἕως ἂν νομίσηται*“ an beides zu denken: ſowol an die solutio pretii, als an die traditio rei. Die Stelle heißt alſo: „Ob denn wol bis zur Erfüllung des Vertrages der Verkäufer Eigentümer der Waare bleibe? — denn ſo entſcheiden die meiſten Geſetzgebungen —, oder ob vielmehr Charondas und Platon das Richtige haben; dieſe verordnen nämlich, daß ſofort von beiden Seiten erfüllt werden ſolle; wenn aber Einer dennoch dem Anderen creditire (ſei es die Waare oder das Kaufgeld), ſo ſei ihm keine actio zu gewähren; denn er ſei ſelbſt „Schuld an einem

---

[36]) Die Stelle (de leg. VIII, p. 849 E) lautet: „*ἐν τούτοις ἀλλάττεσθαι νόμισμά τε χρημάτων καὶ χρήματα νομίσματος, μὴ προϊέμενον ἄλλον ἑτέρῳ τὴν ἀλλαγήν· ὁ δὲ προέμενος ὡς πιστεύων, ἐάν τε νομίσηται καὶ ἂν μή, ἀτεργέτω ὡς οὐκέτι δίκης οὔσης τῶν τοιούτων περὶ συναλλάξεων*“. Vgl. dazu Casaubonus am ſpäter citirten Orte.

[37]) Cuiacii observat., lib. XI., cap. 19 (im III. Bd., S. 310 der Neapol. Ausg.).

solchen Unrecht" (zu dem er die Gelegenheit gegeben habe). Charondas und Platon wollten, die „Graeca fides" ihrer Landsleute kennend, durch denegatio actionis von dem „fidem sequi" abschrecken. Und dieses wahrscheinlich nicht bloß vom Standpunkt einer vermeintlichen Utilität aus (um eine ergiebige Quelle von Prozessen zu stopfen), sondern folgend der ethischen Maxime: man müsse den Menschen nach Möglichkeit die Anreizungen und Gelegenheiten zum Sündigen aus dem Wege räumen. — Nun ist auch nicht mehr zweifelhaft, was jene anderen Gesetzgeber (*οἱ πολλοί*), welche kein derartiges Verbot des Creditirens kennen, verordnen; nämlich folgendes: „bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages bleibt der Verkäufer Eigentümer der Sache." Hierin liegt nun ein doppeltes: 1) der Verkäufer bleibt Eigentümer, bis der Kaufpreis vollständig entrichtet ist (dieses wissen wir auch schon aus der früheren Stelle); und 2) das Eigentum geht auf den Käufer nicht über, so lange ihm die Sache nicht übergeben ist. Also auch nach den meisten („*οἱ πολλοί*") griechischen Rechten galt der Satz: „traditionibus [38]) dominia rerum, non nudis pactis transferuntur". [39]) — Welche dieser beiden Wahrheiten Theophrast gerade hier hervorheben wollte, ist ziemlich gleichgültig. Dachte er selbst bei dem „*κομίσηται*" nicht geradezu an beides (merx und pretium), dann dachte er wahrscheinlich an die Kaufsache. Diese Erklärung ist darum wahrscheinlich, weil nach ihr die beiden mitgeteilten Stellen einander ergänzen, während nach der entgegengesetzten Erklärung [40]) zweimal dasselbe gesagt würde und die Frageform ganz unmotivirt wäre. Ein materiell falsches Resultat ergibt, wie oben

---

[38]) Worte, wie „Uebergabe", „Tradition", „tradere", sind in diesem Aufsatze immer in einer weiteren verschiedene Uebereignungsformen umfassenden Bedeutung zu nehmen. So nennt auch Cicero (topica, c. 5, a. E.) die Mancipation eine „traditio nexu".

[39]) Natürlich galt dort auch der andere, soweit er richtig ist, selbstverständliche Satz: „nunquam nuda traditio transfert dominium"; dazu gehört noch mehr. (Vertragswille, freie Selbstbestimmung u. s. w.). Auch dafür finden wir ein Zeugniß bei Theophrast (s. den dritten Aufsatz), obwol es dafür eigentlich eines Zeugnisses nicht bedarf.

[40]) Nämlich daß bei dem „*κομίσηται*" an die Zahlung des Kaufpreises zu denken sei.

gezeigt wurde, auch diese letztere Erklärung nicht. In der That ist unsere Stelle bald in der einen, bald in der anderen Art wiedergegeben worden. Von Creditirung der Kaufsumme verstehen das „πιστεύειν“ Casaubonus,[41]) und K. Fdch. Hermann;[42]) welcher letztere folgerichtig auch bei dem „κομίζεσθαι“ an Solution des Kaufpreises denkt; während Heyne[43]) und A.[44]) letzteres Wort auf die Tradition der Waare beziehen.[45]) —

3) Eben so wenig, als aus der eben besprochenen Stelle kann

---

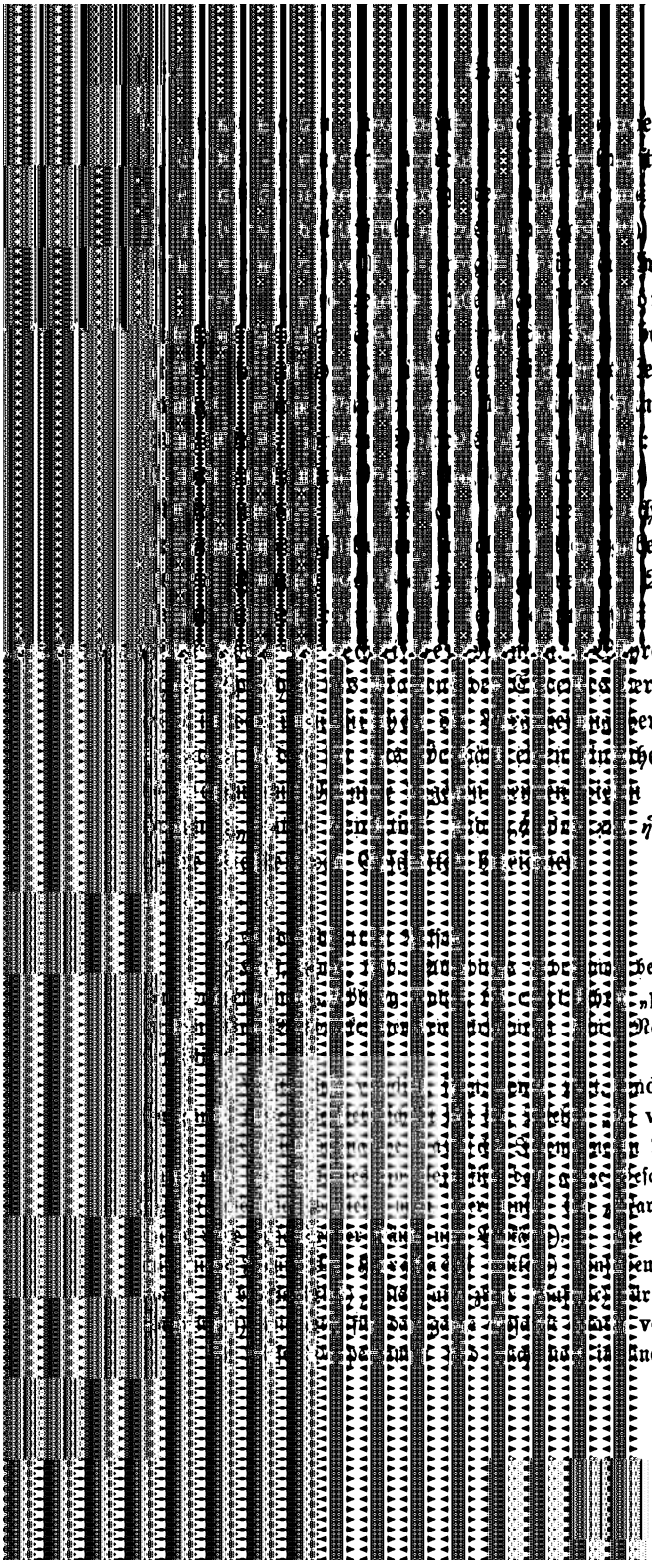
[41]) Er sagt in seinem Commentar zu den ἠθικοὶ χαρακτῆρες des Theophrastus (Lugduni 1599) (S. 301, 302): „.... notari hic (nämlich in dem Kapitel „περὶ ἀπιστίας“) diffidentiam mercatorum, quorum plerisque manus sunt oculatae, neque quioquam, nisi quod vident, credunt .... unde apud Plautum proverbium: „mercari Graeca fide“. [vgl. Bekker, l. c., p. 7]. At ... Plato ... adeo ἀπιστίαν hanc non improbavit, ut etiam lege caverit, ne quis mercator suas merces ante pretii numerationem cuiquam daret ...“ also er solle den Kaufpreis nicht creditiren.

[42]) Griechische Privatalterthümer, §. 65; doch gibt Hermann die Stelle unrichtig wieder, indem er, verleitet durch das „πότερον ... ἢ ...“, annimmt: die zweite Hälfte des Satzes müsse einen directen Gegensatz zu der ersten Hälfte enthalten. Dadurch kommt er dazu, dem Plato die Ansicht unserer Naturrechtslehrer über Eigentumsübertragung unterzuschieben, mit den Worten: „nur Charondas, dem in dieser Hinsicht auch Plato folgt, hatte dieses (Eigentumsrecht) sofort an den Abschluß des Vertrages geknüpft und dem Verkäufer überlassen, ob er die Kaufsumme auf seine Gefahr creditiren wolle; während die meisten übrigen Gesetzgebungen demselben bis zum Empfange dieser ein Eigentumsrecht vorbehalten hatten.“ Davon steht in unserer Stelle nichts, sondern nur, daß Charondas (und in der Theorie Plato) dem Creditirenden keine Klage gewährten, weder auf Rückerstattung, noch auf Erfüllung. Bei dem „πότερον ... ἢ“ darf man nur an folgende Gegensetzung denken: „Soll bis zur Tradition der Verkäufer Eigentümer bleiben, oder ist es vielleicht besser, diese Frage dadurch abzuschneiden, daß man sofortige Erfüllung Zug um Zug vorschreibt?“ —

[43]) Opusc acad. II., p. 154.

[44]) So heißt es auch in einer alten (im übrigen unglaublich schechten) lateinischen Uebersetzung des Stobäus (von 1555): „utrum venditor dominus esse rei debet, donec emptor eam acceperit“.

[45]) Offenbar war es diese unsere Stelle, die den Grotius zu dem oben erwähnten Irrtum verleitete. Wahrscheinlich argumentirte er: „bis zur Tradition bleibt der Verkäufer dominus“ und „casum sentit dom.“ Als ob nicht auch nach römischem Rechte der Verkäufer bis zur Tradition Eigentümer bliebe! —



en wird, gegen unsere
spricht nämlich von
zugezogenen Nachbarn
Dabei ist aber gewiß
rfüllung gedacht. —
n vornherein zu der
er den Gefahrübergang
rgang griechischen Ur-
nahme nicht nur Nichts
1) Der Kaufcontract
von irgend einer Seite
die arrha perfect ge-
e des Kaufgegenstandes,
2) Der griechische Kauf
Stücken überein; zu-
rend in den germani-
r Sache betont wird,[47])
ervorgehoben; [48]) andere
hen Gesammtnamen; [49])
Contract mit Doppel-
ἡ πρᾶσις“ [50])], welche

bei den dänischen Juristen
„purchase and sale“; doch
Nachbildungen von „emtio

nda; schon in der lex Rom.
venditione“.

der Bezeichnung des Kaufes
eschäft einen Gesammtnamen
arkt“ = Inbegriff vieler an
e Araber gebrauchen (wie
en Ausdruck (be') sowol für
r venditio (neben anderen
venditio).

ner anderen Beziehung in-

3) Bemerkenswert ist es, daß wir jener laienhaften Vorstellung vom „Vermögensübergang", von der an einem anderen Orte [51]) gezeigt wurde, daß sie bei der Einführung des römischen Satzes über periculum jedenfalls mitgewirkt hat, auch in unserem Fragmente begegnen. Wenigstens spricht die erste der beiden hier mitgeteilten Stellen mit aller wünschenswerten Klarheit von einer mit Perfection des Vertrages vollzogenen Ausscheidung der Waare aus dem Vermögen des Verkäufers. Der Käufer könne zwar erst nach dem (mit der Vertragschließung nicht zusammenfallenden) Eigentumserwerbe die Sache so recht eigentlich als die *seine* betrachten; der Verkäufer jedoch müsse sie sogleich nach geschlossenem Contract als eine *veräußerte* ansehen. So werde zum *Erwerbe* („εἰς μὲν κτῆσιν") mehr erfordert, als zur *Veräußerung* („εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν"). — Nimmt man alles dieses zusammen, so dürfte es keine zu gewagte Hypothese sein, *daß auch der Satz über das periculum ante traditionem griechischen Ursprunges ist.* —

Zum Schlusse können die Resultate dieser Untersuchung in folgende Sätze zusammengefaßt werden:

1) Es ist *gewiß*, daß der Satz über das dominium pretio nondum soluto (§. 41. Inst. II, 1) ein Zwölf-Tafel-Satz ist, woran nie hätte gezweifelt werden sollen.

2) Es ist (da doch auch in der Geschichtsforschung ein Indicienbeweis zulässig sein muß!) *erwiesen*, daß dieser Zwölf-Tafel-Satz dem griechischen Rechte entlehnt ist.

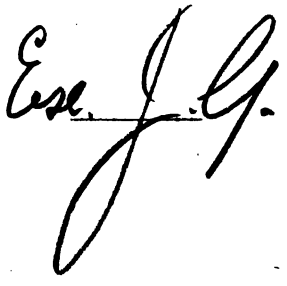
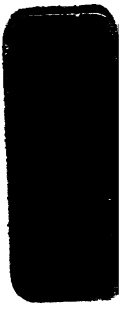
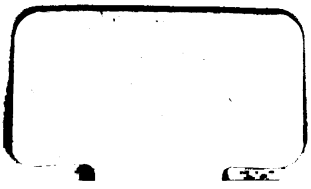
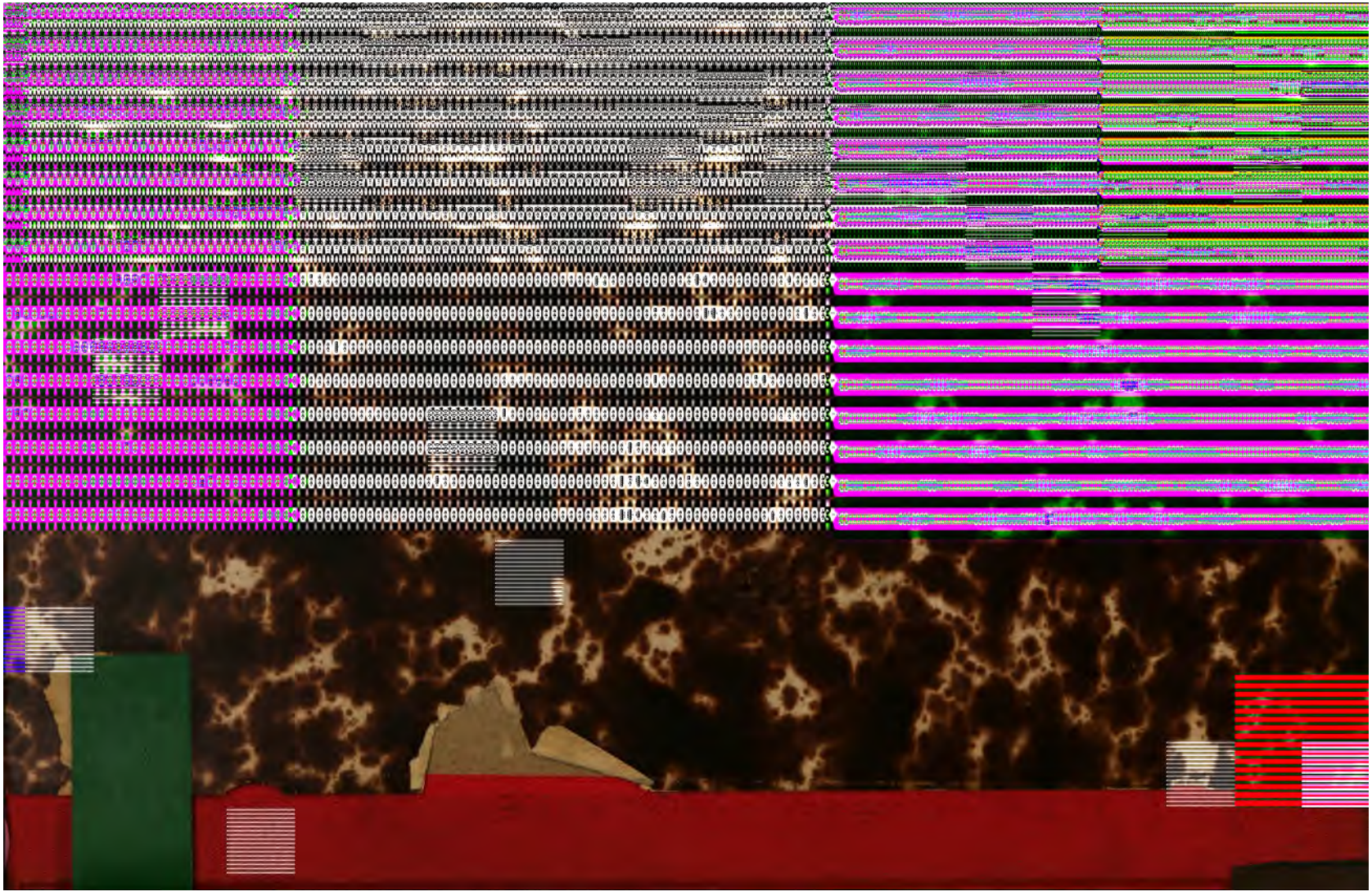
---

teressant. Man bemerke, daß in „emtio venditio" das *Nehmen* an erster, das *Geben* an zweiter Stelle steht, während in „locatio conductio" die Stellung gerade umgekehrt ist. Offenbar entspricht unserer modernen Logik die zweite Stellung besser als die erste. Nun sind aber ohne Zweifel bei allen Völkern Bestandverträge *später* entstanden als Veräußerungsverträge. Es ist also der Namen der locatio conductio jünger als der der emtio venditio. Und hiezu paßt sehr gut, was im römischen Recht über das periculum beim Kaufe und über das periculum bei der Miete gilt. Dort nämlich gilt ein Satz, von dem oben gesagt wurde, daß er ein Ueberrest eines älteren Rechtszustandes ist; hier dagegen gilt ein Satz, der sich aus allgemeinen Rechtswahrheiten, aus der Natur der Sache ergibt.

[51]) *Mein* „Periculum beim Kaufe", §. 6.

3) Es iſt in hohem Grade wahrſcheinlich, daß auch der Satz über das periculum merce nondum tradita (§. 3. Inst. III, 23) in den Zwölf Tafeln neben jenem anderen, als ſeinem Seitenſtücke, ſtand. Hiefür ſpricht die ſinguläre Natur beider Sätze, ihre äußerliche und innerliche Beſchaffenheit (ihre Structur und Tendenz).

4) Es iſt zu vermuten, daß auch dieſer zweite Satz griechiſchen Urſprunges iſt.



Druck von G. J. Manz in Regensburg.